Cohnfeldt

# Die sog. irregulären Servituten.

Die sogenannten

# irregulären Servituten

## nach Römischem Recht.

Eine civilistische Abhandlung.

Von

**Richard Cohnfeldt,**

Doctor beider Rechte.

Von der Berliner Juristenfakultät gekrönte Preisschrift.

Verlag von Bernhard Tauchnitz

Leipzig 1862.

# Inhalt.

## Zweiter Abschnitt.

### Ueber die sogenannten irregulären Prädialservituten.

# Vorrede.

Die Streitfrage über die sog. irregulären Servituten wurde in neuerer Zeit gründlicher, als irgend vormals, ventilirt. Aber wurde sie gelöst?

Die Versuche, die dahin gingen, fielen in eine ungünstige Zeit; namentlich war ihnen die Richtung hinderlich, welche sich damals auf dem Gebiete des röm. Servitutenrechts überhaupt geltend gemacht hatte. Damals blendete noch die Theorie Puchta's über den Usus durch ihre Neuheit, und kam der Gedanke auf, die persönlichen und realen Dienstbarkeiten aus einem gemeinsamen Grundbegriffe zu construiren.

Demgemäß waren aber auch die irregulären Servituten festzuhalten. Denn stellt man einmal als Regel hin, daß der Inhalt beider Hauptklassen der Servituten wesentlich gleichartig sei, wie kann es auffallen, wenn ein und dasselbe Recht bald bei der einen, bald bei der andern Klasse, bald als Personal-, bald als Prädialservitut vorkommt?

Sogar ließ man sich durch die irregulären Servituten bestimmen, ein einheitliches Prinzip und jenen gemeinsamen Grundbegriff für das gesammte Servitutenrecht aufzusuchen.*

Allein die Fruchtlosigkeit dieser Tendenzen liegt heute am Tage. Die verschiedenen Klassen der Servituten erheischen auch eine verschiedene Behandlung.

---

*) z. B. Elvers, Röm. Servitutenlehre S. 24.

Der hauptsächlichste und innerste Grund für die irregulären Servituten ist somit gefallen. Dies ist Veranlassung genug, auch die übrigen Argumente zu prüfen, und überhaupt die ganze Frage einer neuen Beurtheilung zu unterwerfen.

Es wird sich aber hierbei vorzugsweise um die sog. irregulären Personalservituten handeln. Die Lehre von den irregulären Prädialservituten ist der Hauptsache nach unbestritten, wiewohl über einige nicht unwichtige Nebenfragen wieder die größten Zweifel walten.

---

# Erster Abschnitt.

## Ueber
## die sogenannten irregulären Personalservituten.

### §. 1.
### Begränzung der Streitfrage.

I. Allgemeiner Umriß. Meistens[1] wird unsere Frage dahin formulirt:

Können Befugnisse, welche gewöhnlich als Prädialservituten vorkommen, Gegenstand von Personalservituten sein?

Diese Definition enthält ein völlig fremdartiges Element. Da jene Befugnisse jetzt nur als Personalservituten figuriren sollen, ist ihr Vorkommen als Prädialservituten gänzlich gleichgültig. Da es sich jetzt nur darum handelt, ob sie sich als Inhalt z. B. eines Usus oder Ususkfruktus eignen, kommt Nichts darauf an, daß sie unter Anderm auch einem Prädium von Nutzen seien, oder auch auf einer perpetua causa beruhen. Ihre Zuläſſigkeit als Prädialservituten beweist noch nicht ihre Zuläſſigkeit als Personalservituten, und ist daher auch nicht in der Definition zu berücksichtigen.

---

1) z. B. von Cujac. resp. Papin. II. in oper. IV. p. 893 sq. ed. Neap. — Vinnius ad Inst. II, 4. de usufr. prooem. — Hofacker, princip. juris civ. §. 1110. — Thibaut, Pandekten §. 606. ed. 7. — Schweppe, Röm. Privatr. §. 291. Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilrechts §. 142. 3. Ausg. Luden, Servitutenl. §. 17. S. 34. Hoffmann, Servitutenlehre Th. 1. §. 59. S. 198. Ferner: Zachariä v. Lingenthal, Arch. f. Civil-Praxis XXVII. S. 1. Elvers, Servitutenl. §. 23.

In der That will man damit etwas ganz Anderes besagen. Man denkt sich die Grunddienstbarkeiten als vereinzelte Befugnisse gegenüber der Gesammtfülle aller Nutzungen einer Sache, wie sie sich im Eigenthume vorfindet.

Unsere Frage lautet daher vielleicht richtiger: Ist eine einzelne Nutzung als Inhalt von Personalservituten möglich?

II. Näher betrachtet, gehören also hierher alle einzelnen Nutzungsbefugnisse an einer fremden Sache, mögen sie sonst als Grunddienstbarkeiten, die urbanae miteingeschlossen,[2] erscheinen oder nicht. Also auch solche, die nie einem Prädium von Nutzen sein können, z. B. auf fremdem Boden Obst zu pflücken, spazieren zu gehen oder zu speisen.[3] Auch gilt es gleich, ob jene Gerechtsame auf einer beweglichen oder unbeweglichen Sache ruhen. Denn der Begriff der irregulären Servituten ist nicht auf Rechte beschränkt, die sonst meist mit einem Grundstücke verknüpft sind. Diese bilden vielmehr nur ein Beispiel, nur eine vereinzelte Anwendung davon. Für die Hauptfrage ist es daher auch völlig indifferent, ob dieselben nun als Personalservituten den nämlichen Umfang beibehalten können, den sie etwa vorher als Prädialservituten hatten.[4]

Zudem handelt es sich bei unserer Frage hauptsächlich nur darum, Was? nicht Wie viel? Inhalt einer Personalservitut sein kann.

Ebenso betrifft es nicht die irregulären Servituten insgesammt, sondern nur einzelne Fälle derselben, ob sie,

---

2) Aehnlich Zachariä v. Lingenthal a. a. O. S. 52. Cujac. l. c. p. 893 sq.

3) So auch Schweppe, Röm. Privatrecht S. 182.

4) Dieser Punkt ist bestritten zwischen Elvers a. a. O. S. 198. und Zachariä a. a. O. S. 2. Geht man von der Annahme irregulärer Servituten aus, so ist bei diesen unbedenklich, wie Elvers treffend darthut, derselbe Umfang möglich, als bei den entsprechenden Prädialservituten. Aehnlich der Fall in fr. 15. D. de usu et habit. 7. 8., wo ein Usus quantitativ einem Usufruktus gleichgestellt wird.

wenn auch quantitativ verschieden, doch nicht wenigstens der Qualität nach mit den entsprechenden Grunddienstbarkeiten zusammenfallen. Noch weniger darf dieser Punkt in der Definition selbst angedeutet werden.[5]

Dies über den Inhalt irregulärer Servituten. Derselbe soll nun erscheinen in Form persönlicher Servituten. Also in Form einer Servitut, nicht als Obligation, die auf eine einzelne Nutzung an einer fremden Sache gerichtet wäre. Aber auch als persönliche Servitut. Prädialservituten mit Beschränkung auf die Person des ersten Erwerbers finden hier keinen Platz. Sind sie auch in gewissem Sinne persönlich, so können sie doch nur als wahre Prädialservituten gelten,[6] deren Ausübung über die gesetzte Zeit hinaus durch eine Einrede beseitigt wird.

Haben wir demnach es hier nur mit wirklichen persönlichen Servituten zu thun, so sind selbstverständlich darunter auch nur die hergebrachten vier Formen derselben zu verstehen: Usus, Usus fruktus, operae, habitatio. Wir sind durch Nichts genöthigt, eine neue species über diese hinaus anzunehmen.[7] Das Gegentheil wird freilich gefolgert aus l. 4. de serv. praed. rust. 8, 3. l. 14. §. 3. D. de alim. leg. 34, 1. l. pen. D. de serv. leg. 33, 3. l. 20. §. 3. de serv. pr. rust. 8, 3., indem man davon ausgeht, daß diese Stellen von wirklichen persönlichen Servituten sprechen.[8]

---

5) Wie z. B. noch bei Zachariä a. a. O. S. 1. („Können solche Befugnisse...... nicht wenigstens qualitativ als Personalservituten bestellt werden.")

6) Gleichwohl haben Manche unsere Frage nur in diesem Sinne aufgefaßt, z. B. die Glosse zu l. 14. §. 3. D. de alim. leg. 34, 1. u. s. w. Cocceji, jus civile controversum VII. tit. 1. qu. 1. „An dentur servitutes extraordinariae? (s. irregulares cfr. not. a. eod.) bemerkt ganz naiv: praemittendum est, doctores per has intelligere praediales, quae ad personam restrictae sunt. Ebenso Westphal, de libert. et servit p. 323. Janus a Costa ad Inst. II, 3, 3. cfr. Zachariä a. a. O. S. 5.

7) Vgl. Zachariä a. a. O S. 48.

8) So z. B. Vinnius ad Inst. II, 4. de usufructu pr. Voetius,

Allein, abgesehen davon, daß Letzteres äußerst zweifelhaft ist, darf man schon deßhalb eine sonst völlig unbekannte Personalservitut annehmen, weil zufällig in jenen Stellen keine der bekannten direkt genannt wird?

Ganz unzutreffend ist aber auch der Grund des Thomasius, daß Justinian bei Eintheilungen sehr oft nur die hervorragenden Klassen von Rechtsverhältnissen mit Uebergehung der weniger bedeutenden aufzähle, und so namentlich die obligationes ex quasi contractu und ex quasi delicto gegenüber den eigentlichen Contrakts- und Delikts-Obligationen mitunter nicht aufgeführt würden. Allein jene Nebenklassen der Obligationen sind uns anderweit durch die unzweideutigsten Zeugnisse verbürgt, von neuen Personalservituten findet sich aber in den Quellen keine Spur.[9]

Aber auch von den herkömmlichen Formen der persönlichen Dienstbarkeiten sind habitatio und operae von vornherein für unsern Zweck unbrauchbar. Der Gegenstand der Letzteren ist nämlich ein für allemal fest und bestimmt, kann nie ein anderer sein, als eben operae oder habitatio. Wir suchen hingegen Formen, die beliebig jedwede einzelne Nutzungsbefugniß als Inhalt aufnehmen können.

Hierfür eignet sich nur der Usus und Usufruktus.[10]

---

Comm. ad Pand. VII. tit. 1. p. 370. in edit. Hal. 1773. Vultejus, jurisprudentia romana lib. I. c. 63. §. servitutes personales. Elvers, a. a. O. §. 20. S. 187. 189.

9) Thomasius zu U. Huberi praelectiones juris civilis to. II. lib. 8. tit. 2. et 3. ed. nova Lipsiae 1707. (Scholion und Additamentum): „si dicis personales servitutes augeri non debere, urgebo, non infrequens esse Imperatori, quandoque rerum species saltem nobiliores recensere, non negatis tamen speciebus reliquis, quod exemplo quasi contractuum et quasi delictorum etc. facile intelligitur."

10) So auch: Hasse, Rhein. Museum I. S. 73. Note 3. Löhr, Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung III. S. 497. Zachariä a. a. O. S. 1. Schweppe a. a. O. §. 291. Puchta, Pandecten §. 179. Note d., der jedoch nur den Usus berücksichtigt.

Operae und habitatio sind ja auch wesentlich nur Anwendungen derselben.

Wir dürfen daher nun unsere Frage bestimmter dahin stellen:

> Ist ein Usus oder Ususfruktus mit einer einzelnen Gebrauchs- oder Nutzungsbefugniß als alleinigem Gegenstande denkbar?

III. Es leuchtet ein — und dies ist die systematische Seite der Frage —, daß die Entscheidung lediglich von den Prinzipien des Usus und Usufruktus abhängig ist. Stehen diese fest, so werden sich die Consequenzen leicht ziehen lassen. Wo nicht, so haben wir vor Allem auf Begriff und Wesen jener beiden Servituten zurückzugehen, und namentlich festzustellen, was bezüglich ihres Inhaltes und Umfangs einerseits als wesentlich und nothwendig erscheint, andrerseits unbeschadet ihrer Natur als gleichgültiger Bestandtheil ausgeschieden werden darf.

IV. In den Benennungen der in Rede stehenden Servituten endlich ist man sehr erfinderisch gewesen. Zasius (ad Pand. de servit. §. 2.), Vinnius (Inst. II, 4.), Vultejus (Jurispr. rom. I. c. 63. §. serv. praed.), überhaupt die Anhänger von neuen species der persönlichen Dienstbarkeiten, nennen sie: innominatae, anonymae, ignomines.

Insofern aber einzelne Nutzungsbefugnisse regelmäßig als prädiale, und nur ausnahmsweise als persönliche Servituten erscheinen, heißen die fraglichen Rechte servitutes irregulares, anomalae, extraordinariae. Vgl. Zasius, Vinnius a. a. O. Glück, Commentar IX. S. 19.

Im Gegensatze dazu heißen Usus, Usufruktus, operae, habitatio: regulares, ordinariae, weil ihr Inhalt nie von seiner Regel abweicht, d. h. immer nur in Form persönlicher Servituten auftritt. So namentlich Glück, IX. S. 21. Auch hierbei werden neue Arten persönlicher Dienstbarkeiten stillschweigend vorausgesetzt, vgl. Vinnius ad Inst. II, 4.

Die Ausdrücke: mixtae, communes, promiscuae gehen auf Rechte, quae modo personarum, modo rerum sunt, Giphanius, Comm. ad Inst. II, 3.

Eigenthümlich bezeichnet Althusius, Jurispr. rom. I. c. 6. §. Rust., die fraglichen Servituten als rusticae mediatae, d. h. quae personae sunt, tamen beneficio personarum ad praedii utilitatem descendunt.

Die Schriftsteller endlich, die am tiefsten in unsere Frage eingedrungen sind, denken an einen wahren usus oder ususfructus, und brauchen nur öfter die Umschreibungen: jus personale, usus restrictus, usus ex certa re, so Donellus, Cujacius u. a.

V. Den weiteren Gang dieser Erörterungen anlangend (um dies noch schließlich anzuführen), so erfolgt

in §. 2.: die geschichtliche Entwickelung unserer Frage,

in §. 3.: deren Beantwortung aus Prinzip und Geist der persönlichen Servituten,

in §. 4.: ihre Entscheidung nach allgemeinen Gesichtspunkten,

in §. 5.: die Interpretation der einschlägigen Stellen.

## §. 2.

## Geschichtliche Entwickelung der Streitfrage.

Ueber den Werth der Dogmengeschichte überhaupt zu rechten, ist hier nicht der Ort. Soviel steht fest: Dieselbe wird nothwendig bei Fragen, die erst allmählig durch eine lange Reihe von Schriftstellern ihre Ausbildung erhielten, oder (ein anderer Fall), wenn man unternimmt, wissenschaftliche Ansichten durch die Autorität der Vergangenheit zu stützen. Beides trifft bei unserer Frage zu.[11] Und ist auch deren Geschichte bereits in vielen Punkten treffend[12] behandelt, so bleibt ein neuer Versuch gerechtfertigt, so lange es an einer unbefangenen Darstellung fehlt.

11) Vgl. Zachariä von Lingenthal a. a. O. S. 5—14.

12) von Ebendemselben a. a. O.

In der Sache selbst nun haben sich ganz naturgemäß Stimmen für und wider die irregulären Servituten erhoben, ohne daß nicht auch hier und da Mittelmeinungen aufgetaucht wären.

I. Für die Annahme irregulärer Servituten aber, in dem allein hierher gehörigen Sinne, hat sich schon frühzeitig der Glossator Rogerius erklärt.[13] Er ist gleichsam der Vater dieser Servituten. Zwar wird nicht direkt gesagt, daß er sie sich in Form eines Usus oder Usufruktus gedacht. Allein die Verfechter der entgegengesetzten Ansicht: Bartholomäus Cäpolla, Paulus de Castro, und Andere haben ihn stets in diesem Sinne verstanden. Man darf wohl voraussetzen, daß sie bei Widerlegung ihres Gegners über dessen Ansicht gehörig unterrichtet waren.[14] Auch hatte, wie Cäpolla ausdrücklich

---

13) Glossa Accursii ad l. 14. §. 3. D. de alim. leg. v. cisternas: „posset saltem (sc. aqua) personalis servitus esse secundum Ro.“ (i. e. Rogerium, nicht Rofredum, vgl. Savigny, Gesch. des R. Rs. im M.-A. IV. S. 175.) v. personae: „cum relinquitur (sc. aquae haustus) ..... habenti praedium, sed hoc acto, ut ad heredem non transeat, hoc casu est servitus personalis sec. R...... At cum non habenti praedium relinquitur, non est realis, sed personalis servitus, si hoc velit relinquens vel constituens sec. Ro.“ v. erunt: in eadem causa illa jura gestandi vel in tuo uvas premendi vel areae tuae ad frumenta ceteraque legumina exprimenda utendi „ita ut sint personales servitutes sec. R.“ Vgl. gl. ad l. 4. de S. P. R. 8, 3. v. non eadem in extr.; gl. admittendum est ad l. 6. D. de servit. leg. 33, 3. Bartolus ad l. 4. D. de S. P. R. berichtet: „Rogerius dicit, quod (sc. pecoris pascendi et ad aquam appellendi jus hoc loco) est servitus personalis.“ Ebenso wird man an Rogerius denken müssen in der gl. valet exceptio ad l. 32. D. de usufr.; gl. non potest ad l. 8. D. de servit. 8. 1.

14) Barth. Caepollae Veronensis cautelae (ed. 1535.) c. 2. §. 8. casus principalis 3. subdistinctio 3.: Ex concessione, quod possis coenare vel spatiari aut venari in fundo meo aut quod possis haurire aquam ex puteo meo vel colligere poma ex arbore mea, et in hoc est dubium...... Et Rog. tenet quod sit servitus personalis, et hanc opinionem tenet Petrus et Cynus in rubrica C. de servit..... sed quod non sit personalis servitus, probatur, quia ire et spatiari etc. non deminuit de fructibus rei alienae adeoque alteri acquirat,

bemerkt, Hugolin, ein eifriger Anhänger Roger's in dieser Frage,[15] hierbei einen wahren Usus vor Augen.[16] Ueberhaupt ist man wohl schwerlich zur Zeit der Glossatoren auf neue Personalservituten verfallen. Hugolin wenigstens, wie es scheint, kennt als letztere nur den Usus und den Usus-fruktus, wenn er zu l. ult. §. 1. C. de servit. bemerkt: ein jus altius non tollendi sei als Personalservitut undenkbar, weil es weder als Usus noch als Usufruktus denkbar sei.[17]

So hat man also schon in diesem Zeitalter, etwa um 1200, — dies unterliegt wohl keinem Zweifel mehr — sich für einen Usus oder Usufruktus mit einer einzelnen Nutzungsbefugniß als alleinigem Inhalte ausgesprochen, und es ist mithin eine solche Ansicht keineswegs erst später, etwa in der französischen Schule, aufgekommen.[18]

Freilich erachtete man noch nicht jedes einzelne Nutzungsrecht schlechthin als zureichend für jene Servituten. Man unterschied. Die Natur der Nutzung war das Merkmal. Der Ertrag der fremden Sache mußte dadurch geschmälert werden („deminuit de fructibus rei alienae, tendit ad deminutionem fundi s. cisternae"). Darum erklärte eben Hugolin ein jus altius non tollendi für ungeeignet.

Die Ansicht Roger's nahmen, außer Hugolin, Anfangs des 14. Jahrhunderts Petrus de Bellapertica, Joh. Faber,

---

ad cujus commodum tendit servitus usus fructus vel usus illius fundi et ita tenet Flo(rentius) et Pau(lus) de Ca(stro) in l. ut pom."

15) Vgl. Huber, praelect. II. lib. VII. 2. et 3. num. 2. „pro qua sententia sc. Rogerii fuit Hugolinus." Sutholtius in disp. 5. thes. 15. Vinnius ad I. 2, 4. prooem.

16) Caepolla l. c. §. 9.: „sed H(ugolino) visum est, quod posse colligere pomum ex arbore mea vel haurire aquam ex cisterna mea sit servitus personalis usus sc. illius arboris vel cisternae, quoniam tendit ad deminutionem fundi s. cisternae e. q. s."

17) s. Haenel, dissensiones dominorum in jure, Hugolinus §. 180. p. 393.

18) wie noch Zachariä a. a. O. S. 11. anzunehmen scheint.

Cinus und Andere auf, die uns nicht ausdrücklich angeführt werden.[19] Allein ihnen standen die Autoritäten jener Zeit und die gemeine Meinung entgegen.[20] Erst das 16. Jahrhundert brachte eine Wendung. Die irregulären Servituten fanden hier zahlreiche Vertheidiger.

Donellus verbreitet sich darüber an verschiedenen Stellen dahin: „Ususfructus in fundo certae rei usu, quae inde sumatur, definiri potest, ut hanc non excedat. Veluti si quis mihi constituerit in suo jus cretae eximendae .... l. ergo l. veluti D. de S. P. R. Non longius progredietur hic ususfructus quam ut creta eximatur" (Comment. jur. civ. X. c. 7. p. 489. ed. Hanov. 1612 fol.) Oder über den usus: „Voluntas constituentis ut usuifructui, sic et usui modum facit. Potest quisque et in aedibus et in fundo certae tantum rei usum concedere, quo casu valebit quidem usus nihilominus, sed valebit tantum hactenus, ne ejus rei usum egrediatur, velut usus aquae l. usus aquae D. quib. mod. ususfr. amitt. (es ist wohl zu berichtigen: D. de usu et habit.). Eadem et in ceterarum rerum usu intelligenda sunt" (s. a. a. O. caput 24. p. 521.). Dasselbe Prinzip wendet Donell an bei der lex ut pomum D. de servit.: „Nam et usus alicui sic constitui potest, ut aqua tantum, quae in nostro fundo est, utatur l. usus aquae D. quib. mod. ususfr. am. Quidni et de ceteris rebus (i. e. ut pomum decerpere, spatiari, coenare in alieno liceat) aut in partibus fundi

19) Ueber Petrus und Cinus vgl. Bartolus zu l. 4. D. de S. P. R.: „Rogerius dicit quod (pascendi jus hoc loco) est servitus personalis. Glossa tenet hic contrarium, et Petrus, ut Cinus refert, tenet opinionem Rogerii. Ego teneo glossae, quod non sit servitus," ferner Caepolla l. c. §. 8. „Rogerii opinionem tenet Petrus et Cynus in rubr. C. de servit." cfr. Note 14. und Savigny a. a. O. VI. S. 26. f. 78. Ueber Joh. Faber in §. 2. aeque si agat I. de act. 4. 6. s. Castillo Sotomayor de usufr. l. c. p. 550.

20) s. Bartolus in Note 19. Baldus ad l. 4. D. de S. P. R. Caepolla l. c. §. 8.: „et ista est communis opinio" i. e. Rogerio contraria.

ita constitui potest, ut quis his utatur ad eundem certum modum? l. quoties §. 1. in f. D. de servit. l. de pupillo §. et belle D. de O. N. N." (so in Comment. lib. XI. c. 1. p. 524.)

Zweifelhaft dagegen kann es sein, ob nicht Donell in Buch 11. Kap. 8. S. 536. an bloße Prädialservituten mit persönlicher Beschränkung denkt. Den Servituten, welche er hier im Sinne hat, ist eigenthümlich — und darauf legt er ein großes Gewicht —, daß sie nur dem dermaligen Besitzer eines Grundstücks zustehen, und somit scheint er sie mehr ihrer Dauer als ihrem Wesen nach persönlich zu nennen.

Dennoch hat er auch hier wahre Personalservituten vor Augen. Einmal spricht schon der Wortlaut dafür. Außerdem soll die lex 4. D. de S. P. R. ein Beispiel der fraglichen Dienstbarkeiten enthalten. Dieselbe lex aber führt Donell in Buch 10. Kap. 1. S. 480. als Beispiel einer wirklichen Personalservitut an.

Neben Donell vertrat Cujacius, wenigstens in einigen seiner Schriften,[21] die Ansicht Roger's, in folgenden höchst entschiedenen Aeußerungen:

„Potest eadem servitus modo esse praedii modo personae, nec ulla est, quae semper sit praedii, i. e. quae non possit esse personalis"

(lib. II. Resp. Papinian. Opp. ed. Neap. to. IV. p. 893. ad l. 4. D. de S. P. R.).

Ferner: „Ita demum (illa jura eundi, agendi, aquam ducendi e. q. s.) sunt praedialia, si respectu praediorum concedantur; nam possunt esse personalia; at tunc assumunt nomen usus vel ususfructus. Nam his nominibus omne jus personale continetur"

(Recitt. sollemn. ad tit. de S. P. R. l. 4—6. in Opp. IV. p. 430. vgl. Paratitla Cujacii in VIII. D. tit. 3. in Opp. I. p. 751.)

---

21) Ueber seine spätere Ansicht s. unten.

Die Hauptstellen, auf die Cujacius diese Ansichten stützt, sind: l. 4. l. 37. D. de S. P. R. l. 6. D. de serv. leg. l. 14. §. 3. D. de alim. leg.

Die Ansicht Roger's begegnet uns hier schon in einer Verallgemeinerung. Früher hatte man noch auf die Natur der einzelnen Nutzungsrechte gesehen, und beurtheilte danach ihre Zulässigkeit als irreguläre Servituten. Donellus, wenn wir die letztgedachte Stelle seines Commentars von wirklichen Personalservituten verstehen dürfen, und mit ihm Cujacius — lassen bereits ohne Unterschied alle Rechte zu, welche sonst gewöhnlich nur als Grunddienstbarkeiten vorkommen.

Es hätte nun endlich auch der letzte Schritt erfolgen und die Schranke fallen müssen, welche unserer Frage noch wegen der Beziehung auf die Prädialservituten anhaftete. Allein man stieß nur zufällig auf neue Fälle irregulärer Servituten, ohne sie mit den früheren zusammenzuhalten, und dadurch zu einer Klärung des Begriffes zu kommen.[22] Bis in die neueste Zeit blieb vielmehr die Form maßgebend, in der Donell und Cujacius die Frage gestellt hatten.

Außer diesen nennt man noch Andere aus der französischen Schule als Vertheidiger irregulärer Servituten.[23] Von diesen hat jedoch Janus a Costa (ad Inst. II, 3. §. 3.) kaum eine klare Vorstellung von der Sache.[24] Von einem usus oder ususfructus spricht er bei unserer Frage ebensowenig, als sein Zeitgenosse Emundus Merillius.[25] d'Avezan (Servitutum libro III. c. 14. bei Meermann thes. IV.

22) So bei Donell. (Comm. XI. c. 1. p. 524. — quidni et de caeteris rebus e. q. s. cfr. oben), bei Schweppe, Röm. Privatrecht §. 291. und Zachariä a. a. O. S. 1. 52.

23) s. Zachariä a. a. O. S. 10.

24) Vgl. denselben Note 5.

25) Merillius äußert sich folgendermaßen: „namque istae servitutes dicuntur esse praediorum, ita tamen, ut personarum esse possunt, puta, si testator personam certam expresserit vel cui legaverit d o n e c v i v e r e t vel si servitutem reliquerit ei, qui vicinum praedium non haberet." Otto, thes. I. p. 647. ad l. 15. D. de servitut.

p. 155.) und Maranus (Paratitla ad tit. de servit. in Opp. p. 131 sq.) reden offenbar von einer neuen Klasse persönlicher Servituten. Duarenus zu l. 4. D. de S. P. R. läßt beispielsweise ein Weiderecht nur ganz allgemein als „servitus personalis" zu, und bemerkt, daß es dann ein „usui vel usuifructui simile" sei. Wie unbestimmt aber letztere Ausdrucksweise, ergiebt l. 22. D. de usu et usufr. leg. 33, 2. und l. 8. eod., wo das Legat eines reditus und ein annuum legatum „usuifructui simile" heißt, weil es nicht auf die Erben des Legatars übergeht, sondern schon mit dessen Person erlischt.

Dagegen spricht unter den holländischen Juristen Gerhard Noodt unzweideutig von wahren Personalservituten.[26] Ebenso Voetius (Comm. ad Pand. VIII, 1. §. 1. et 4. p. 472. ed. Hal. 1778.) und Vinnius, obwohl Beide daneben der Annahme neuer Personalservituten nicht abgeneigt sind.[27]

In Deutschland endlich fehlte in älterer Zeit fast durchgängig die richtige Auffassung der Frage. Sehr ungenau sind z. B. die Auslassungen von Althusius[28] und Giphanius, welcher letztere, wie Duarenus, blos von usufruktähnlichen Rechten spricht.[29] Heineccius allein (observ. ad Pand. II. §. 101.) macht eine Ausnahme.

---

26) Probabil. I. c. 3. §. 9. in f. et §. 10. „Jus faciendi aliquid in fundo alterius . . . . . . vi personalis servitutis deberi potest. §. 10.: et praeterea usus appellatur l. 37. D. de S. P. R., immo ususfructus in l. 6. pr. D. eod."

27) Voetius in Comm. ad Pand. VII. 1. §. 2. p. 370. Vinnius, ad Inst. II. 4. p. 243: „species servitutum personalium multae sunt et variae. Etenim sciendum est, etiam jura, quae natura sua realia sunt, personalia fieri posse . . . . . Caeterum hae et similes servitutes personales innominatae sunt et irregulares."

28) in Jurispr. Rom. I. c. 6. §. rustica mediata p. 84 sq. ed. Herborn. Nassov. 1590.

29) Comm. ad I. imperiales II, 3. v. inter rusticorum praediorum] p. 131. ed. Francf. 1606.

Hingegen erhielt hier in neuerer Zeit die Ansicht Roger's ihre äußerste Entwickelung. Es giebt wohl kaum noch einen Gesichtspunkt, den man zu ihrer Rechtfertigung nicht ausgebeutet hätte.

Von größtem Einflusse war die Abhandlung Zachariä's von Lingenthal: „Ueber die sog. irregulären Personalservituten" im Archiv für civil. Praxis XXVII. Nr. 1. (1844) S. 1—56. Ihm folgen: Elvers, Servitutenlehre §. 20. S. 185. 187. §. 23. S. 198—203., vgl. auch §. 55. S. 546. bis 547. Puchta, Pandekten §. 180. Note d. Arndts, Pandekten §. 177. Anm. S. 244. (2. Aufl.) v. Vangerow §. 339. Anm. 1. v. Keller, Pandektenvorl. §. 177.

Vorher hatten schon irreguläre Servituten angenommen: Thibaut, Pandekten §. 606. (Ausg. 7.). Schweppe, Röm. Privatr. §. 291. Hoffmann, Lehre von den Servituten nach R.R. I. §. 59. S. 198. Luden, Servit. §. 17. S. 34. Wening-Ingenheim, Civilrecht §. 142. und Note 2.

Zur Berichtigung des Begriffes trugen bei: Hasse, Rhein. Museum I. S. 73. Note 3., Löhr, Magazin für Rechtswissenschaft III S. 497.

Die Lehre Roger's ist jetzt die herrschende Meinung.

Eine Aufzählung von Lehrmeinungen ist fruchtlos — ohne Kritik! Es interessiren weniger die Ansichten, als vielmehr die Gründe. —

Die Gründe der oben aufgeführten Meinungen nun sind theils unmittelbare Quellenzeugnisse, theils allgemeine Rechtsgrundsätze.

Von Alters her schleppen sich unablässig fort die Citate:[30] l. 32. D. de usufr. 7, 1. l. 8. D. de servit. 8, 1. l. 4—6. l. 37. (l. 20. in f.) D. de servit. praed. rust. 8, 3. l. 6. D. de servit. praed. rust. 8, 3. l. 6. D. de servitute leg. 33, 3. (l. 1. de usu et usufr. leg. D. 33, 2.) l. 14. §. 3. de alim.

30) Man vergleiche z. B. Arndts §. 177. Anm. mit den Glossen in Note 13.

leg. 34, 1. Vinnius (ad Inst. II, 4. prooem.) fügte noch hinzu: l. 1. §. praeterea, l. 3. D. de aq. cot. 43, 20., von denen jedoch die neuern Schriftsteller, etwa außer Thibaut (a. a. O. §. 606.), sämmtlich wieder abgegangen sind.[31]

Was sich nun aus diesen Stellen ergiebt? dazu bedarf es einer sorgfältigen Interpretation, — die wir uns bis unten versparen. Mag es sich in diesen Gesetzen um wahre Personalservituten handeln, oder nicht, — hiervon können wir vorläufig noch absehen. Jene Stellen — diese Voraussetzung kann wohl füglich nicht bestritten werden — reden von Servituten, die schon mit der Person ihres Inhabers erlöschen, und nicht auf dessen Erben übergehen. Letzteres ist aber gerade ein Hauptmerkmal, wodurch sich die Personal- von den Prädial-Servituten unterscheiden.

Man schloß nun umgekehrt: Wo kein Uebergang auf die Erben, da liegt auch eine Personalservitut vor — mit besonderem Bezuge auf l. 8. §. 3. D. de liberat. leg. 34, 3.[32] — und gelangte so in unseren Stellen zur Annahme eines usus und ususfructus. Aus dem so gewonnenen Begriffe einer Personalservitut zog man dann die unbeschränktesten Folgerungen. Bei den Beispielen der fraglichen Servituten weisen unsere Stellen nachdrücklichst auf ein praedium vicinum, auf den Nutzen für ein Grundstück hin. Man erklärte dies für gleichgültig. Man setzte den Nutzen und die Annehmlichkeit einer Person an die Stelle, wovon nirgends eine Spur. — Dies ist zu sehr von dem Inhalte der Quellen abgewichen, dies heißt: zu bald der einzig sichern Führer

31) Treffend fertigt Zachariä a. a. O. S. 18. diese Citate ab.

32) s. gl. non eadem ad l. 4. D. l. c. „sed qualis servitus erit his casibus, cum non transeat quoad effectum? Respond. quidam: personalis, ut infra l. Mela de alim. leg. et l. non solum §. tale, D. de libert. leg. (= l. 8. §. 3. cit: — „quotiens cohaeret personae id quod legatur, veluti personalis servitus, ad heredem ejus non transit; si non cohaeret, transit.“)

entrathen. — Lex 14. §. 3. cit. wollte nicht biegen, daher radebrechte man sie.[33]

Der Gedankengang, wie er hier dargelegt, findet sich namentlich bei den älteren Schriftstellern, und daher erklärt es sich, wenn sie bei den fraglichen Servituten auf den Nichtübergang auf die Erben einen fast ausschließlichen Nachdruck legen.[34]

Mit den allgemeinen Gründen macht Donell (Comm. XI. c. 1. p. 524.) gelegentlich der l. 8. D. de servit. einen unscheinbaren Anfang. Er hält vorweg für möglich, daß ein Recht, Obst zu pflücken und dgl., als Servitut überhaupt vorkommen könne. Der Servituten seien aber nur zweierlei: Als Prädialservitut könne jenes Recht nicht vorkommen. Sei es also überhaupt als Servitut möglich, so sei es nothwendig als Personalservitut möglich.

Allein, wodurch wird erwiesen, daß ein solches Recht überhaupt Servitut sein kann?

Donell wendet ein: „Quisquis jure constituto alterum in re sua quid facientem cogitur pati, hujus res servit.

---

33) Hierher gehört namentlich Cujacius ad l. 14. cit. in Opp. IV. p. 896. Recitt. solemn. ad D. VIII, 3. l. c. in Opp. VII. p. 431.

34) So gl. personae ad l. 14. §. 3. cit. „sed hoc acto, ut ad heredem non transeat, quo casu est servitus personalis sec. R.“ cfr. not. 32. Donellus Comm. XI. c. 8. p. 536: „sed quod ad omnes servitutes praediorum diligenter praecipiendum est et tenendum, hoc loco monendi sumus, ita superiora jura esse praediorum servitutes, nisi id actum sit, ut personae tantum tribuerentur. Quod si actum erit, etiamsi omnia natura ad servitutem praedii occurrant, personae tamen servitutes erunt, non praedii, eoque ad alias personas non transibit servitus d. l. 4. D. de S. P. R. . . . . . praedii servitus est, si testator simpliciter leget: „Titio iter per meum fundum do;“ personae autem servitus evenit, si apponit testator „dum sciat soli sibi datum id iter, non aliis.” — Cujacius in opp. IV. p. 893. Recitt. solemn. ad D. VIII, 3. „tunc sunt jura personalia, quae cum persona exstinguuntur.“ Vinnius ad Inst. II, 4. „si persona demonstrata sit, cui soli ea praestentur.“ Voetius ad P. VIII, 1. §. 4. „dum id agitur, ut ad heredes transitorium non sit.“

l. quoties §. 1. in f. D. de servit.“ Allein diese lex sagt nur: Das Wesen der Servituten bestehe nicht in einem facere, sondern in einem pati oder non facere. — Alle Servituten gehen auf ein pati oder non facere, aber nicht Alles, was auf pati oder non facere geht, ist schon Servitut.

Ebenso unhaltbar ist der Einwand aus l. de pupillo §. et belle D. de O. N. N.: „quisquis in re sua jus suum aliqua in parte deminuit, alterius auxit, servitutem rei suae imposuit.“ Diese Stelle giebt nicht an, was zu einer Servitut erforderlich, als Gegenstand einer solchen möglich, sondern setzt vielmehr voraus, daß bereits ein dingliches Recht bestellt, bereits Jemand sein Recht an seiner Sache (in re sua jus suum) zu Gunsten eines Anderen geschmälert habe.

Uebrigens hat schon Hugolin diesen Grund des Donellus geltend gemacht, vgl. Note 16.

Die unfruchtbare Doktrin, welche unmittelbar den Zeiten des Cujacius und Donellus folgte, blieb auch in unserer Frage ihrem Charakter treu. Ein dürftiges Argument für die irregulären Servituten taucht erst wieder auf bei Schweppe, a. a. O. §. 291. a. E.

Hier bemerkt er: Wenn sämmtliche Nutzungen, so könne noch vielmehr die einzelne Nutzung einer fremden Sache Inhalt eines Nießbrauchs sein.

Als ob der irreguläre ususfructus die Regel, der regelmäßige die Ausnahme wäre!

Puchta, Pandekten §. 180. not. d. hält einen usus auf bloßen Wasserbezug für unzweifelhaft. Dies sollte er eben beweisen. Er frägt, warum ist jenes nicht möglich? dies sollte er eben widerlegen.

Künstlicher ist die Beweisführung Zachariä's von Lingenthal a. a. O. S. 50. Nach ihm ist eine einzelne Nutzung als Usufruktus möglich, weil zu demselben eine Gesammtheit von Nutzungen nicht ausdrücklich in der Legaldefinition erfordert wird. Ist dies auch nicht ausdrücklich der Fall,

so liegt es vielleicht stillschweigend darin. Daß ein Usus-fruktus auf eine einzelne Nutzung beschränkt werden kann, wird auch nirgends ausdrücklich in den Quellen gesagt, und dennoch nimmt Zachariä es an.

Demnächst bringt derselbe Folgendes bei. Im Allgemeinen schon müsse der Nießbraucher dasselbe Maß der Nutzung beobachten, welches bereits vorher der Eigenthümer ohne alle Rücksicht auf den künftigen Nießbrauch selber innegehalten; um so mehr müsse der Wille des Eigenthümers entscheiden, wenn er speziell auf das Maß der Benutzung gerichtet ist.

Allein der Nießbraucher hat nicht das Maß, sondern die Qualität der Nutzung, wie sie der Eigenthümer beliebte, beizubehalten.

Hatte der Eigenthümer ein Grundstück zum Vergnügen, so darf der Nießbraucher es nicht zum Gewinne ausbeuten. War aber einmal das Grundstück zum Gewinne bestimmt, so ist Maß und Umfang des Gewinnes, Maß und Umfang der Nutzung unbeschränkt, und der Fruktuar kann einen viel größeren, viel reichlicheren Gewinn und Nutzen ziehen, als früher der Eigenthümer.[35]

Zachariä bezieht sich hierbei[36] auf die Abhandlung v. Madai's im Arch. für civil. Prax. XV. S. 343. über l. 13. §. 4. D. de usufructu. Allein mit Recht hat man dessen Ansicht heute fast allgemein aufgegeben, vgl. Note 35.

Zachariä stützt sich aber auch hierauf: Wie der allgemeine, so müsse noch viel mehr der spezielle Wille des Eigenthümers bei Normirung des Nießbrauches maßgebend sein.

Doch wann hatte jemals der Eigenthümer diesen Willen? Wenn er ehedem seinen Acker bestellte, wie wollte er damit einen künftigen Nießbrauch normiren?

---

35) l. 13. §. 4. D. de usufr. vgl. Vangerow §. 344. Anm. 2. Puchta, Pand. §. 181. Note o. Arndts §. 179. Anm. 2.

36) a. a. O. Note 58.

Der letzte Grund, den Zachariä und mit ihm auch Elvers a. a. O. §. 20. S. 185. anführt, ist etwa der: Wenn in den Quellen dem Fruktuar der Gesammtertrag der dienenden Sache zugeschrieben wird, so sei dies nur sog. dispositives Recht, und durch die Willkür der Parteien abänderlich.[37] Aber welches sind die Gründe? Man citirt die l. 15. §. 6. D. de usufr. 7, 1. (Ulpianus): „— — sed ego puto, nisi sit contraria voluntas, etiam instrumentum fundi vel domus contineri sc. in usufructu.“

Hieraus ergiebt sich aber nur, daß ein Grundstück auch ohne Inventar zum Nießbrauche bestimmt werden kann. Was aber bezüglich des Inventars freisteht, steht noch nicht hinsichtlich des Grundstücks selbst frei. Kann auch die Nebensache beim Usufruktus fehlen, so kann ihm noch nicht ein wesentlicher Bestandtheil der Hauptsache entzogen werden. Wenn auch Nichts aus dem Zubehör, so wird man doch allen Ertrag aus dem Grundstücke selbst noch nach dieser Stelle zum Nießbrauche erfordern können.

Elvers zwar replicirt: Kann eine Befugniß dem Nießbraucher entzogen werden, so können es auch mehrere, ja alle außer einer, wäre selbst diese eine nur etwas Negatives. Aber mit dem nämlichen Rechte, als alle übrigen, könnte auch noch diese eine wegfallen. Er beweist also zu viel!

Uebrigens kann auch eine Befugniß entzogen werden, so folgt daraus nur, daß man eine ebensolche, eine gleichbedeutende, dem Begriffe des Nießbrauchs unbeschadet, fehlen lassen kann. Sollen also mehrere oder alle wegfallen, so müssen sie untereinander von gleicher Art und Beschaffenheit sein.

Aus inneren Gründen, aus Prinzip und Geist der Personalservituten die Ansicht Roger's zu rechtfertigen, ist also nach Obigem mißlungen. Ob die Erklärung der gedach-

---

37) Elvers a. a. O. „— sie (d. h. die Regeln über den Umfang des Usufruktus) sind lediglich Interpretationsregeln.“

ten Stellen ihr günstig, wird sich unten entscheiden. — — Wenden wir uns jetzt zur Gegenpartei.

II. Das Haupt derselben ist der Glossator Joannes Bassianus, ein Zeitgenosse Roger's.[38] Seine Ansicht geht kurz dahin: Eine einzelne Rechtsame an einer fremden Sache sei immer als Obligation, bisweilen als Prädial-, niemals als Personal-Servitut zulässig.[39] Azo, sein Schüler, folgte dem Meister.[40] Die Glosse von Accursius nahm die Ansicht des Johannes auf,[41] und damit war ihr Platz in der gemeinen Meinung gesichert. Unter ihren Anhängern erblicken wir: Bartolus, Baldus, Paulus de Castro, die Celebritäten jener Zeit. Bartholomäus Cäpolla ist tief in den Sinn der Frage eingedrungen und trifft ihren Nerv in seinen Cautelae c. 2. §. 7. casus principalis 3., subdistinctio 3. mit folgenden Worten:

„Tu tamen dicas, quod nec ista sc. facultas spatiandi, pomum decerpendi, coenandi e. q. s. potest dici servitus

38) vgl. Savigny, Gesch. des R.R. im M. A. IV. S. 250. Hugo, Literärgesch. §. 98. S. 114. (1818. 2. Aufl.).

39) Gl. personae ad l. 14. §. 3. de alim. leg. „sed hoc acto, ut ad heredem non transeat aqua, quo casu est servitus personalis sec. R., ut hic. quod Joan. non placet, imo realis, sed heres legatarii exceptione repellitur .... at cum non habenti praedium relinquitur, non est realis .... sed Joan. dicit, nec personalem esse, sed quoddam jus, quod actione personali ex testamento vel pacto debetur.

40) Gl. valet exceptio ad l. 32. D. de usufr: „sed tu dic, quod hoc jus pascendi, si servitus est, semper est realis sive praedialis .... si vero non habenti praedium concedatur ... non est praedialis vel personalis servitus, sed jus quoddam ex promissione ... sec. Azonem. cfr. Bartolus ad l. 4. D. de S. P. R., gl. non eadem ad l. 4. D. eod. — Hugolin, ebenfalls ein Schüler des Johannes, wich hierin von ihm ab.

41) Gl. non eadem ad l. 4. D. de S. P. R. „Item quid si ille, cui tales servitutes conceduntur, nullum habeat praedium? adhuc Ro. et alii, quod est personalis servitus, sed potius dicam, esse jus personale, non servitutem ut D. de servit. l. cit. pomum, sicut si decem mihi stipuler. Accurs.“ cfr. gl. non potest ad l. 8. D. 8, 1. gl. personae in not. 39.

ususfructus vel usus, quoniam ad usufructuarium pertinent vel omnes fructus vel quota pars. sed in hoc casu ad istum, cui facta est promissio, non spectat nisi certa quantitas.

Item nec etiam servitus usus potest dici, quoniam ad usuarium pertinet, posse sumere, quantum expedit sibi et familiae suae, ut l. plenum in fin. de usu et habit., sed praedicta concessio restringitur ad certam quantitatem, non ad necessitatem e. q. s.

Im 14. und 15. Jahrhundert hatte die Ansicht des Johannes ausschließliche Geltung, und behielt noch im 16. und Anfang des 17. Jahrhunderts die Oberhand, wenngleich sie schon von den bedeutendsten Gelehrten hier verlassen wurde. Bemerkenswerth ist, daß Cujacius, der früher dem Roger beigetreten war, in den Observ. lib. XXIV. c. 22. sich der Glosse und der Ansicht des Johannes zuwandte. (Opp. III. p. 705.). Er bemerkt nämlich zur l. 8. ut pomum D. de servit.: „Ut pomum decerpere liceat et ut spatiari et coenare in alieno possimus . . . . . non certe servitus praedialis . . . . . . sed neque servitus personalis, quia nec usui vel fructui ea facultas decerpendorum pomorum et spatiorum faciendorum in alieno similis est et quae non his duabus servitutibus personalibus similiter adsimilantur, servitutes personarum non sunt, verum conventio hujusmodi justa est et obligationem parit.“

Gleich darauf heißt es noch: „Eadem vero ratio intervenit et servatur in specie l. 12. D. de annuis legatis, ex praediis longe dissitis certo pondere annuo salicis et arundinis relicto aliis praediis, propterea quod non usumfructum reliquit testator, sed ex fructu praediorum libras pondo aliquot, nec servitus praedialis est (deficiente vicinitate). Sic et in specie l. ult. §. ult. D. de C. E.“

Wie Cäpolla, verlangt hier offenbar Cujacius zum Usus und Ususfruktus einen volleren Inhalt, als möglicherweise in einer einzelnen Nutzung liegen kann. Und was er über das Recht, Obst zu pflücken oder spazieren zu gehen, sagt, gilt nothwendig auch von allen übrigen einzelnen Nutzungsrechten.

Ebenso ist diese Stelle des Cujacius verstanden worden: von Vinnius ad Inst. II, 4. prooem. von Noodt, Probab. I. 3. §. 9. in f. und von Schweppe, Röm. Privatr. §. 291. Anm. 2. Mit Unrecht legt Zachariä a. a. O. Note 6. diesen Schriftstellern einen Irrthum hierbei zu Last. Er selbst freilich giebt a. a. O. S. 10. nur einen völlig aus dem Zusammenhange jener Stelle des Cujacius losgetrennten Satz (nur die Worte quae non his u. s. w. bis non sunt).

Neben Cujacius war noch gegen irreguläre Servituten: Anton Faber, Rational. ad Pand. ad l. 4. D. de S. P. R., Antonius de Padilla in l. et in provinciali praedio C. de servit. 3, 34. num. 25., Jacobus Menochius de retinenda possessione remed. num. 6. versic. 45.[42])

Seitdem aber werden die Vertheidiger der Glosse immer seltener. Außer Lyclama a Nieholt (Membran. VI, 10.) trat für dieselbe namentlich Udalricus Huber ein. In dessen Praelectiones II. ad D. VIII, 2. 3. num. 2., und in den Positiones zu diesem Titel, num. 3. heißt es nämlich: „ita scripsimus, aliquando reales servitutes possunt fieri personales ex accidenti, si persona, cui debeantur, expressa sit; quamquam vix est, ut illa proprie servitus sit.“ Thomasius wendet hierauf ein: „sed cur non? nisi dicere velis, personales servitutes saltem esse usumfructum et rel.“ Zur Erwiederung bemerkt Huber dazu: „quia servitutes personales a Juris auctoribus in lib. 7. sunt proditae

---

42) Vgl. Castillo Sotomayor de usufructu c. 49. num. 22—24., der bezeugt, daß noch zu seiner Zeit (circa 1600) die Ansicht des Johannes allgemein angenommen war.

usus et ususfructus, operae et habitatio, a quibus facta (der materielle Gehalt) praedialium servitutum aliena sunt."[43]

Im 18. Jahrhundert verwarf Cocceji, jus civ. controv. VII. qu. 1. („An dentur servitutes extraordinariae?") und Westphal, de libert. et servitut. pr. 322., die irregulären Servituten.

Mühlenbruch, Archiv für civil. Praxis XV. S. 383 f. spricht sich zwar nicht recht deutlich aus, folgt aber keineswegs der Glosse. Seine Worte haben etwa den Sinn: Die Bestellung eines usus oder ususfructus müsse entweder ausdrücklich in diesen Worten oder doch wenigstens in einer Weise geschehen, die über Zweck und Wesen der zu constituirenden Servitut keinen Zweifel läßt. Eine einzelne Nutzung könne Personalservitut sein, wenn nur die Absicht der Parteien wirklich darauf gerichtet, also z. B. bei einem Rechte, Thon zu graben, der Zusatz gemacht wäre, daß die daraus gefertigten Gefäße zum Verkauf kommen sollten, wie in l. 6. D. de S. P. R. („ut vasa veneant") oder in l. 37. D. eod. Vgl. a. a. O. 388—89. und Note 14.). Würden hingegen blos die Worte: iter, actus, via, aquaeductus etc. bei der Bestellung gebraucht, so bezeichneten diese nach dem festen Sprachgebrauche der Römer immer nur Prädialservituten, und dies selbst dann, wenn man auch die Ausübung solcher Rechte auf eine einzige Person beschränken wollte. Aus einer derartigen Modifikation ergebe sich nämlich noch nicht, daß die Absicht der Parteien wirklich auf Errichtung eines usus oder ususfructus gehe. So handele es sich in l. 4. D. de S. P. R. 8, 3. und l. 14. §. 3. D. de alim. leg. nur um wirkliche Prädialservituten.

Mühlenbruch giebt also unzweideutig die Möglichkeit

---

43) Irrthümlich glaubt Mühlenbruch, Archiv XV. Note 7. S. 384., Huber wolle a. a. O. nur sagen: daß man eine Prädialservitut mit persönlicher Beschränkung nicht schon eine Personalservitut nennen dürfe.

irregulärer Servituten zu, und weicht nur in der Erklärung einiger Stellen von der gewöhnlichen Meinung ab. Vgl. Zachariä a. a. O. S. 14. In neuerer Zeit hat somit Niemand die Ansicht des Johannes vertreten.

— Dennoch ist sie nicht ohne triftige Gründe. Sie geht hervor aus dem Begriffe und der Gesammtauffassung der persönlichen Servituten. Sie kennt nur eine Gestalt des Usus und Usus fruktus, nämlich die, welche sich einer unbefangenen Betrachtung von selbst aufdrängt, die, welche uns in unzähligen Beispielen der Quellen begegnet. Für sie existirt nur der regelmäßige Usus und Fruktus. Der Widerspruch vereinzelter Stellen ist ihr nur ein scheinbarer.

Bei Auflösung desselben konnte der Glossator Johannes gegenüber der Interpretation der Gegner nicht in Verlegenheit sein. Letztere schritten zur Annahme von Personalservituten hauptsächlich nur deßhalb, weil es von den fraglichen Servituten heißt, daß sie mit einer bestimmten Person erlöschen, dieser Umstand aber mit dem Begriffe der Grunddienstbarkeiten unverträglich sei, arg. l. 4. D. de servit. §. 1. Johannes hatte nun gerade zu dieser Stelle treffend ausgeführt, daß die Grunddienstbarkeiten nicht nur ipso jure, sondern auch per exceptionem, und in letzterer Form auch mit einer bestimmten Person erlöschen können. Es war nur ein kleiner Schritt, dies auf unsere Frage anzuwenden, und daß Johannes in diesem Sinne die oben erwähnten Stellen erklärt, erhellt wohl deutlich aus Glosse non eadem] ad l. 4. D. de S. P. R. 8, 3., wo es heißt:

„His enim casibus licet sui natura transeant (servitutes), tamen per exceptionem defenditur dominus proprietatis, quominus patiatur. Sed qualis servitus erit his casibus, cum non transeat, quoad effectum? Resp. quidam: personalis. Sed potius dicas: praedialem, cum ipso jure transeat e. q. s.“

Offenbar hat hier Accursius den Streit zwischen Roger und Johannes vor Augen.

Ob nun Letzterer die hierher gehörigen Stellen auch wirklich richtig interpretirt, muß vorläufig noch dahingestellt bleiben. Im Uebrigen hat sein Verfahren bei Erörterung unserer Frage manche vortheilhafte Seite. Daß eine Servitut schon mit einer bestimmten Person erlischt, genügt ihm noch nicht, hier eine wahre Personalservitut anzunehmen. Es ist ihm vielmehr nur ein rein äußerlicher Erfolg, bei dem allein entscheidend ist, auf welche Weise er herbeigeführt wird. Sodann stützt er sich auf eine allgemein anerkannte und übliche Form des Usus und Usufruktus; zwar, daß diese nun auch die einzige und allein mögliche sei, hat er noch nicht zu erweisen versucht (wenigstens soviel sich aus der mangelhaften Ueberlieferung des Accursius abnehmen läßt) — und dies ist eine wesentliche Lücke.

Merkwürdigerweise endlich ist die Ansicht des Johannes, trotz ihrer zahlreichen Anhänger, doch nicht durch neue Beweisgründe bereichert worden.

Werfen wir nun einen Rückblick auf das Obige, so streiten in unserer Frage zwei Meinungen mit einander, deren jede einmal zur ausschließlichen Herrschaft gelangt ist: die eine in älterer, die andere in neuerer Zeit. Diese — in steter Fortentwickelung sich verbreitend, verallgemeinert, und durch den Scharfsinn ihrer Anhänger nach den verschiedensten Richtungen vertheidigt; jene — sich gleichmäßig durch einen langen Zeitraum hinbewegend, unverändert, wie sie aus dem Geiste ihres ersten Urhebers entsprungen war. Die eine — sich anklammernd an den Buchstaben und den Wortlaut, die andere — auf dem Begriffe und dem glatten Boden totaler Anschauung fußend. Keine konnten wir verwerfen, — ihr hauptsächlichstes Argument, die Zeugnisse der Quellen, ließen wir noch außer Betracht. Keine konnten wir annehmen, weil wir die Gründe der einen ablehnten, die der anderen uns nicht überzeugten.

III. Zur Zeit des Ueberganges, des Wendepunktes, wo die eine der anderen in der Herrschaft wich, erschien noch eine

dritte Ansicht auf dem Schauplatz, freilich nur, um ihn nach kurzer Dauer auf immer zu räumen. Namentlich im 17. Jahrhundert suchte man die Lösung unserer Frage in der Annahme neuer Bildungen persönlicher Servituten.

Leise Anfänge davon finden sich freilich schon bei Zasius (libr. 2. resp. 7.), der „servitutes quasdam anomalas s. anonymas" behauptet, „quae nec personales[44] nec reales nec urbanae nec rusticae" sind, sondern „jura servitutum anonyma." Ihm folgt Dyon. Gotofredus ad l. 8. D. de serv. 8, 1. Aehnlich Maranus, Paratitla (in Opp. p. 131 sq.), d'Avezan, servit. lib. III. c. 14. (Meermann., Thes. IV. p. 155.), letzterer folgendermaßen: „servitutum quodammodo tres sunt species, nempe, ut aliae sint personales, quae personis semper debentur, numquam vero praediis, ut usus et ususfructus, aliae sint praediales, quae numquam personis deberi possunt, sed praediis, ut iter, via, actus, aquaeductus et similes: aliae denique sint communes, quae modo sint vere personarum, modo vere praediorum."

Offenbar kann diese dritte Klasse niemals ein usus oder ususfructus sein, denn als ein solcher könnte sie nur bei Personen, nicht aber bei Grundstücken vorkommen. d'Avezan hat hier also eine neue, dritte species von Personalservituten im Sinne.[45]

Ebenso ist auch Vinnius ad Inst. II, 4. zu verstehen, vgl. oben Note 28.

Unzweifelhaft ist Vultejus, Jurisprud. Rom. I. c. 63. p. 347: „servitutis personalis species ponuntur vulgo tres: usus, fructus, habitatio, fortasse, quod hae numquam reales fieri possunt, sed semper sunt personae. Alias enim cum ex servitutibus realibus fieri possint personales, tot servitutum personalium species possent constitui, quot in universum sunt servitutum species; ita aquaeductus

---

44) Nec personales i. e. nec usus nec ususfructus.

45) A. M. Zachariä a. a. O. S. 12.

potest servitus personalis esse.“ l. 37. D. de S. P. R. 8, 3. l. 14. §. 3. D. de alim. leg. 34, 1. l. paen. D. de serv. leg. 33, 3.

Im 18. Jahrhundert findet sich diese Ansicht häufiger, namentlich bei Hilliger, Donellus enucleatus XI. c. 1. not. d., Lauterbach, Coll. Pand. VII, 1. §. 5., Stryk, de Berger, Hellfeld, Jurispr. for. §. 631., Höpfner §. 348., Jo. Ph. Slevogt, diss. de servit. anomal. Jenae 1700., Hofacker §. 1110.

Diese Ansicht zu begründen, versucht allein Thomasius, Scholion ad Huberi Praelectiones II. ad P. VIII, 2. 3. num. 2.

Eine Kritik derselben gaben wir bereits oben §. 1. (vgl. Note 10.).

---

Die bisherige Literatur bleibt also die Antwort auf unsere Frage schuldig.

Ein neuer Versuch, dieselbe zu lösen — soviel erkennen wir — hat aber nothwendig eine zwiefache Richtung einzuschlagen. Er wird vornehmlich vom Geiste und Grundzug der persönlichen Servituten ausgehen, Prinzip und Theorie des Usus und Ususfruktus zum Anhalt nehmen müssen. Denn hierin liegt die allereigenste und prinzipmäßige Quelle der Entscheidung. Davon in §. 3.

Alsdann werden wir allgemeinere Gesichtspunkte aufsuchen (§. 4.) und endlich uns den vereinzelten, hier einschlägigen Quellenaussprüchen zuzuwenden haben, um deren Verhältniß zu der grundsätzlichen Erledigung der Frage endgültig festzustellen (§. 5.).

## §. 3.

## Entscheidung der Frage aus dem Prinzip und der Lehre der Personalservituten.

Wie oben dargethan (§. 1. ad III.), haben wir zunächst auf Inhalt und Umfang der Personalservituten zurückzugehen.

Die Grundsätze hierüber sind nun aber äußerst schwankend. In ihnen erledigen wir also eine wichtige Vorfrage. Hierbei gilt vom Usus im Allgemeinen dasselbe als vom Usufruktus.

### A. Begriffsmäßiger Umfang und Inhalt der Personalservituten.

I. Die Legaldefinition des Usufruktus ist vor Allem hierbei maßgebend. Als Objekt des Nießbrauches erfordert dieselbe zunächst

a. alienae res. Also res; ausgeschlossen ist Alles, was nicht res ist, d. h. kein selbständiges Ganzes bildet (separatum corpus non habet).

Nur das Grundstück, z. B., nicht die Bäume auf demselben, nicht die darauf befindlichen Brunnen, Cisternen, Wände u. dgl. können Objekt eines ususfructus sein. Sie sind nur integrirender Theil des fundus, bilden kein von ihm gesondertes Ganzes.[46])

Dem steht nicht entgegen, daß ein ususfructus an einem Wohngebäude (aedes) möglich. Denn hier ist der fundus selbst Objekt, aber nur in seiner Eigenschaft als bebaute Fläche, nicht als „fundus" schlechthin, sondern als „area inaedificata." Dies zeigt sich namentlich bei der Erlöschung eines solchen Usufrukt. Stürzt das Haus ein, so erlischt er nicht wegen des Einsturzes als solchen, sondern wegen der darin liegenden Veränderung des fundus.[47] Wäre der bloße

---

46) l. 40. D. de action. empti et vend. 19, 1.: arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo. Vgl. Arndts, Pand. §. 50.

47) l. 5. §. 2. D. quib. mod. ususfr. amitt. 7, 4.: „Rei mutatione interire usumfructum placet. veluti: ususfructus aedium mihi legatus est: aedes corruerunt, vel exustae sunt: sine dubio exstinguitur. An et areae? certissimum est, exustis aedibus nec areae nec caementorum usumfructum deberi, et ita et Julianus. §. 3. si areae sit ususfructus legatus et in ea aedificium sit positum: rem mutari et usumfructum exstingui constat." Die Veränderung liegt also bei einem

Theil Objekt, so müßte schon mit dem Hause als solchem das Recht aufhören, weil das Haus, nicht, weil eine Qualität des fundus untergeht.

Dasselbe ergiebt sich aus dem Nießbrauche an einer Tenne, einem See, einem Ackerfelde, einem Walde, einer Metallmasse u. s. f. l. 10. §. 1—6. D. quib. mod. ususfr. 7, 4. Denn was ist die Tenne Anderes, als der „fundus non inaedificatus?" der See Anderes, als der „fundus inundatus?"

Schlagend ist das Beispiel des Viergespanns l. 10. §. 8. eod. Object des Rechtes ist hier nicht jedes Pferd unbedingt, sondern nur, solange die Vierzahl besteht. Ebenso kommt bei einem Theatersclaven nicht sowohl der Mensch, als der Schauspieler in Betracht. l. 12. §. 1. D. eod.

Ueberall begegnet uns also nicht der Theil, sondern die Sache selbst als Objekt des Nießbrauches, aber nicht schlechthin, sondern immer in einer bestimmten Eigenschaft.[48]

Demnach ist es unrichtig, wenn Hugolin (zu l. 8. D. de servit. 8, 1.) einen Nießbrauch an einem Baume, oder Puchta einen Usus an einem Brunnen (Pandekt. §. 180. not. d. „Warum sollte ein Brunnen nicht Gegenstand eines Usus sein können?") für möglich halten.

---

unbebauten Grundstücke in dem Aufbaue, bei einem bebauten in dem Einsturze des Hauses. Aber nur der fundus, die area wechselt ihre Farbe, nicht das Haus selbst. Dies wird zerstört (cfr. l. 7. eod. „sublato aedificio"), nicht verändert; eine Veränderung des Hauses hat nicht den Untergang des Rechtes zur Folge, cfr. l. 10. §. 7. D. eod. —— Ebenso l. 10. §. 3. D. eod. „sed et si stagni ususfructus legetur et exaruerit sit, ut ager sit factus (d. h. so daß ein Acker entstanden, nicht: so daß er zu einem Acker geworden) mutata re ususfructus exstinguitur." Der fundus, die res, nicht der See ist verändert, dieser ist verschwunden.

48) Außerhalb des Sachenrechts kehrt diese Erscheinung oftmals wieder im Obligationen- und Erbrechte, z. B. l. 98. §. ult. D. de solutionibus, oder l. 79. §. 2. D. de legatis 3. §.: „Area legata, si inaedificata medio tempore fuit ac rursus area sit, quamquam tunc peti non poterat, nunc tamen debetur."

Ein anderes Glied der Legaldefinition ist

b. das uti frui. Uti heißt: eine Sache ihrer Natur und Bestimmung gemäß anwenden.[49] Eine widernatürliche Verfügung ist ein Mißbrauch der Sache, ein abuti, z. B. wenn man ein Wohnzimmer zu einem Viehstall verwenden wollte. Es ist auch noch kein uti, wenn man sich einer Sache nicht zu ihrem hauptsächlichsten und allereigensten Zwecke bedient. Der Zweck eines Schiffes z. B. ist die Seefahrt. Läßt man es im Hafen liegen, um etwa nur an Bord Zusammenkünfte zu halten, oder überspannt man es noch mit einem Zelte, um eine Art Seebad zu haben, — so ist dies freilich eine Benutzung des Schiffes, aber nicht die, welche Zweck und Natur desselben vorschreiben.

Dies zeigt sich auch in vielen Beispielen der Quellen. So sagt l. 12. §. 1. D. de usufructu 7, 1.: „navis usufructu[50] legato, navigatum mittendum puto, licet naufragii periculum immineat. navis enim ad hoc paratur, ut naviget.“ Oder l. 15. §. 1. D. eodem: „Mancipiorum usufructu legato . . . . . . secundum eorum conditionem uti debet,“ oder §. 5. ibid.: „scaenicae vestis usufructu legato . . . . . . alibi quam in scaena non utetur.“ Die Bestimmung des Hauses wird in das Wohnen gesetzt, cfr. l. 2. §. 1. D. de usu et hab. 7. 8. Der usus an einem Joch Ochsen enthält nach l. 12. §. 3. eod. „ea, ad quae boves apti sunt, veluti ad arandum.“ Bei einem Lustgarten (voluptarium praedium) ist die Benutzung der Laubgänge, Rasenplätze u. s. w. das Wesentliche. Der Zweck des Ackers ist der Feldbau, und dieser ist daher der nothwendige Inhalt des betreffenden usus. Etwas Anderes ist es, unter welchen Umständen dem Berechtigten freisteht,

49) Ebenso Arndts, Pand. §. 182. („Usus ist seiner wörtlichen Bedeutung nach das Recht, die Sache ihrer Natur und Bestimmung gemäß . . . . . . zu gebrauchen“).

50) Spricht Ulpian in diesen Fällen auch von einem ususfructus, so hat er doch zunächst nur den darin liegenden usus vor Augen.

den Zweck des Grundstückes selbst zu verändern. Hiervon handelt l. 13. §. 4—5. D. de usufr. 7, 1. und dabei zeigt es sich deutlich, wie sehr der Inhalt des uti von der jeweiligen Bestimmung des Grundstückes abhängt. Wird ein Acker in ein Bergwerk umgewandelt, so gehört zum usus nicht mehr der Feldbau, sondern das Suchen nach den Metalladern, was möglicherweise das Niederschlagen sämmtlicher Fruchtbäume, Hölzer, Weinstöcke, Oelpflanzen u. s. w. nach sich haben kann. Aus dem veränderten Zwecke folgt eben eine veränderte Benutzungsweise.

Der Begriff des uti, wie er hier ausgeführt, trifft namentlich beim ususfructus zu. Zwar findet er auch beim usus, dem sog. nudus usus im Gegensatze zum fructus, seine volle Anwendung; allein ist auch jeder usus ein uti, so taugt noch nicht jedes uti zu einem usus.

Bei den meisten Sachen nämlich ist das bloße uti dem Berechtigten von gar keinem Nutzen; sein Recht ist völlig illusorisch, wenn ihm Nichts darüber hinaus an der Sache zusteht, z. B. wenn er zwar das Feld bestellen, aber nicht die Früchte ernten, oder, zwar den Bergbau betreiben, aber die gewonnenen Metalle sich nicht zueignen und verkaufen darf. So wäre bei einem Walde der bloße usus eine Mystifikation: „usu sylvae legato, nisi licet legatariis caedere sylvam et vendere, quemadmodum usufructuariis licet, nihil habituri sunt ex eo legato.“ l. 22. pr. D. de usu et habit. 7. 8. Ein uti ist hier überhaupt unmöglich. Schon die Sprache beweist dies. Man sagt nicht: einen Wald gebrauchen, uti. Er ist nicht, wie z. B. eine Vorrichtung oder ein Werkzeug, ein Mittel, das man zur Erreichung bestimmter Zwecke anwenden könnte. Man kann allerdings einen Wald als Versteck gebrauchen. Aber ein solcher Zweck folgt nicht aus dem objektiven Wesen des Waldes, er wird nur subjektiv von außen hineingetragen.

Ebensowenig läßt sich Etwas mit einer Schaafheerde erreichen; allenfalls ist sie zur Düngung eines Feldes brauch-

bar; doch in ihrem Wesen liegt dieser Zweck nicht. Daher sagt Labeo fast ironisch[51] in l. 12. §. 2. D. de usu et habit. 7. 8.: „pecoris usu relicto, puta, gregis ovilis, ad stercorandum usurum duntaxat."

Wenn nun demungeachtet einem solchen Usuar ein mäßiger Antheil an Wolle und Milch aus Billigkeitsgründen eingeräumt wird (d. l. 12. §. 2.), oder in Folge eines Rescriptes Hadrian's der Usus an einem Walde als Ususfruktus auszulegen ist (d. l. 22. pr.) — so ist dies Alles nur singulärer Natur, und alterirt nicht im Mindesten den wahren und regelmäßigen Begriff des Usus.[52]

Der Usus ist somit auf Gegenstände beschränkt, bei denen ein uti nicht nur denkbar, sondern dem Berechtigten auch wirklich vortheilhaft ist. Dahin gehören: Wohngebäude, Zugthiere, Vorrichtungen, Werkzeuge, Sclaven u. dgl.

Der Usus ist noch heutzutage ebenso möglich, als im Alterthume. Er kommt nur wegen der veränderten Lebensverhältnisse seltener vor.

Ein weiterer Begriff der Legaldefinition ist das frui, der fructus, d. h. der Fruchtbezug. Unter Frucht ist nun der Ertrag zu verstehen, den eine Sache zufolge ihrer Natur und ihres eigenthümlichen Wesens hervorbringt. Wer nur ein nebensächliches Erzeugniß sich aneignen darf, z. B. aus einem Weinberge nicht die Trauben, sondern blos etwa die Grashalme, die dort wachsen, — hat noch keineswegs den Fruchtbezug der Sache. So umfaßt der fructus an einem Oelgarten nothwendig die Oelpflanzen, an einem Stein-

51) Treffend ist die Bemerkung Luden's, Servitutenlehre §. 17. (Note zu dieser Stelle).

52) Aehnlich ist die Auffassung des Usus bei: Hugo, civil. Magazin I. S. 339. Thibaut, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts, 1798, I. Nr. 3. v. Scheurl, Zeitschr. für gesch. Rechtswissenschaft XV. S. 21. Elvers a. a. O. §. 59.

Die ältere Theorie, welche die Ausnahmen zur Regel macht, findet sich unter den Neueren, z. B. bei Noodt, de usufr. I. c. 2. in opp. I. p. 324. Puchta, Pandekten §. 180.

bruche nothwendig die Steine, an einer Grube den Kalk, Thon oder Sand, an einem Obstgehege das Obst, nicht etwa blos die herabfallenden Blätter oder Zweige. l. 7. pr. l. 9. pr. §. 1—3. D. de usufr. 7, 1. l. 15. §. 1—5. D. eod. vgl. oben S. 29. Bei einem Walde ist das „caedere sylvam," der Holzhieb, der wesentliche Inhalt, l. 22. pr. D. de usu et hab. 7. 8., bei einer Schaafheerde die Wolle, Milch, und die Lämmer, arg. l. 12. §. 2. D. eod., bei einer Statue lediglich die Aufstellung, l. 41. pr. D. de usufr. 7, 1.

Der Akt des frui ist endlich durchweg der des Aneignens. Es ist immer ein Verknüpfen mit der Person: ein Abpflücken, Abmähen, Abhauen, Ausgraben u. s. f.

Vergleichen wir den Usus mit dem Fruktus, so ruht der Inhalt des ersteren im Akte des uti selbst, der des letzteren im Gegenstande des Aktes, im Objekte des frui.

Das uti des Theaterschmuckes, das Auftreten im Bühnenkleide, ist der Zweck. Das Kleid ist nicht seiner selbst wegen da. Bei der Ernte hingegen ist das Getreide die Hauptsache.

Das Schiff wird der Fahrt wegen erbaut. Der Bergbau geschieht der Metalle wegen. Des uti wegen ist die Sache, der Sache wegen das frui da.

Oftmals ist, wie wir oben gesehen, der bloße Usus an sich völlig nutzlos. Hier bildet der Fruktus die nothwendige Ergänzung zu seiner Wirksamkeit. Umgekehrt ist aber auch hier ein Fruktus ohne den Usus bedeutungslos. Dieser bereitet jenen vor. Daher die Regel: usus fructui inest. Daher erklärt sich auch l. 14. §. 1. D. de usu et hab. 7. 8.: „si tibi fructus deducto usu legatus sit, inutile esse legatum, Pomponius . . . . . scribit. et si forte, usufructu legato, fructus (als nothwendige Ergänzung) adimatur, totum videri ademptum scribit."

Der Usus ferner ist auf eine Reihe von Gegenständen beschränkt, der Fruktus ist überall, und oft nur ausschließlich möglich.

Gemeinsam dagegen ist beiden, daß ihr Inhalt nothwendig dem Wesen und der Natur der Sache entsprechen muß. Beim Usus ist es die Hauptanwendung der Sache, beim Fruktus der Hauptertrag, welche den Inhalt bilden.

Dieser, als der hauptsächlichste Nutzen, erscheint sonach einfach zusammengefaßt. Lösen wir ihn aber auf, so enthält er die Summe aller an der Sache nur irgend gedenkbaren Vortheile.

Das Wohnen z. B. ergreift das Gebäude in allen seinen Theilen; man benutzt nicht blos die Zimmer, sondern auch den Boden, den Keller, die Treppe, die Thür, den Hofraum und so unendlich viel Anderes. Ebenso setzt sich nicht der Feldbau oder das Bergwerk aus einer Unzahl von Verrichtungen, Arbeiten und Vorarbeiten zusammen, zu denen die Sache von allen Seiten herangezogen wird?

Aehnlich verhält es sich beim Fruktus. Der Hauptertrag eines Grundstücks umfaßt in der Regel alle Erzeugnisse desselben. Oft ist er auch ohne viele Vorbereitungen gar nicht denkbar, und da wird noch durch diese wieder die Sache in Anspruch genommen.

Insofern also, dem Effekt und der Wirkung nach, kann man behaupten, daß der Usus und Ususfruktus alle Nutzungen einer Sache umfassen. Auf diesem Standpunkte vulgärer Auffassung befinden sich die meisten Definitionen.[53]

Man darf aber deßhalb nicht das Prinzip und den Kern der Sache aus den Augen verlieren, und es ist stets das Wesentliche von dem Zufälligen, das Nothwendige von dem blos Häufigen zu sondern. Wesentlich ist die Anwendung, der Ertrag, welcher der Natur und der eigenthümlichen

53) z. B. Vinnius, de usufr. II, 4. Inst. p. 244. Comm. 2.: „omnis reditus, omnis obventio, omnis utilitas rei ad fructuarium pertinet" oder „fruendi vocabulum omne fructus genus sive omnem animi et corporis commoditatem complectitur." Schweppe §. 292. Wening-Ingenheim §. 145. Zu freigebig ist Noodt, de usufr. I. c. 2. p. 324. „ususfructus prorsus neque finem habet neque modum."

Bestimmung der Sache entspricht. Dagegen können dem Usus und Fruktus Nutzungen entzogen werden, die blos untergeordneter Art und für den Hauptzweck ohne alle Bedeutung sind, z. B. bei einem Walde zwar nicht das Holz, wohl aber die Jagd oder der Vogelheerd. Bei einem Hause darf unter keinen Umständen das Wohnen fehlen, so daß nur etwa ein Wasser- oder Durchgangs-Recht übrig bliebe.

Die vorstehende Ansicht über Inhalt und Umfang des Usus und Usufruktus haben wir unmittelbar aus den Quellen geschöpft.

Man hat es nun aber geradezu für unmöglich erklärt, aus letzteren diesen Punkt zu erledigen, indem dort Nichts als Interpretations-Regeln aufgestellt wären. In gewisser Beziehung ist dies richtig. Aber die Quellen enthalten auch Beispiele! Aus diesen war das allgemein Wiederkehrende und gemeinsam Wesentliche auszusuchen, und so das wahre Prinzip abzuleiten.

Und wäre es nicht die baarste Willkür, im Zweifel dem Nießbrauch die werthvollsten und ausgedehntesten Gerechtsame beizulegen, wenn zu demselben in Wahrheit schon ganz unbedeutende und unerhebliche Nutzungen ausreichend wären? Bestimmungen, die im Zweifel zur Anwendung kommen, berühren nur immer die sekundäre Natur eines Rechtsverhältnisses. Bei einem Nießbrauch, dessen wesentlicher Inhalt schon etwas Unbedeutendes ist, könnten sie sich daher nur auf noch Unbedeutenderes erstrecken, nicht aber gerade zu dem Allerwichtigsten aufsteigen.

Die Gründe übrigens, mit denen man sonst die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt, haben wir bereits oben abgewiesen. Dieselbe lebt also eigentlich nur von dem Widerspruch, den man gegen sie erhebt.

Zahlreiche Beispiele, in denen sich unsere Auffassung des uti frui verkörpert, finden sich bei Brissonius, de verbor. signific. v. fructus (p. 374. ed. 1721.). Schließlich sei

hier eine Bemerkung Noodt's am Platze, der sich sehr gründlich mit dem Nießbrauch beschäftigt hat:

„Illud quaeri dignum, cur Paulus in definitione addat: alienis rebus. Nam ususfructus ab utendo fruendo deducitur, et tam dominus re sua, quam fructuarius aliena utitur et fruitur. ita natura late patet ususfructus, potestque dominio inhaerere vel sine dominii societate haberi, nec minus propriae quam alienae rei esse. l. 126. §. 1. D. de V. O. l. 78. D. de jure dotium. l. 21. §. 3. D. de except. rei jud. l. 5. D. si ususfr. petatur.

Quid sit uti frui, paulo disertius explicabo, silentibus hac in parte Interpretibus multae opes doctrinae praeferentibus.

Alles Obige wird auch durch das letzte Glied der Legaldefinition bestätigt:

c. salva rerum substantia, d. h. der Nießbrauch darf nicht die Substanz ergreifen. Diese Beschränkung wäre unnöthig, wenn das uti frui an sich nicht den äußersten Grad, über eine Sache zu verfügen, nicht die ganze faktische Seite des Eigenthums in sich faßte. Fällt nun auch die Verfügung über die Substanz heraus, so bleibt noch vieles Andere, und damit die wesentlichsten Vortheile als begriffsmäßiger Inhalt des Nießbrauchs zurück.

Entscheidend für den Nießbrauch ist auch

II. sein Verhältniß zum Eigenthum.

Letzteres wird durch ihn jedes thatsächlichen Nutzens beraubt; so weit und ausgedehnt ist sein Umfang.

Unzweideutig zeigt dies Gajus: „Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu, placuit certis modis exstingui usumfructum et ad proprietatem reverti.“

(l. 2. D. de usufr. 7, 1. cfr. Inst. II, 4. §. 1.)

Der Gesetzgeber wird hier durch den ausgedehnten Umfang des Nießbrauchs veranlaßt, für diesen eine absolut durchgreifende Norm aufzustellen. Mußte er nicht hier, wenn

irgendsonstwo, vor Allem den richtigen und wahren Begriff des Nießbrauchs vor Augen haben? Jene Norm ist absolut; sie wäre einseitig, wenn nicht der Nießbrauch durchweg den vorausgesetzten Charakter: jenen weiten Umfang bewahrte.

Ebenso wäre die cautio fructuaria ohne allen Sinn, wenn nicht dem Eigenthümer im Fruktus ein Recht gegenüberstände, das ihm möglicherweise schädlich werden könnte. Die cautio gilt absolut überall; überall muß also auch jene Besorgniß, jener beträchtliche Inhalt des Nießbrauchs vorliegen. Evident erhellt dies aus l. 13. pr. D. de usufr. 7, 1.: (Ulpianus)

„Si cujus rei usus fructus legatus sit, dominus potest in ea re satisdationem desiderare, ut officio judicis hoc fiat: nam sicut debet fructuarius uti frui, ita et proprietatis dominus securus esse debet de proprietate. Haec autem ad omnem usumfructum pertinere, Julianus libro 38. digestorum probat."

Nicht minder, als die rechtliche Natur, ist

III. die faktische Erscheinung des Nießbrauchs für seinen Umfang unterrichtend.

a. Allgemein und ohne Vorbehalt wird dem Fruktuar die Detention der Sache (naturalis possessio) zugeschrieben.[54]

„Naturaliter videtur[55] possidere is, qui usumfructum habet" l. 12. pr. D. de acquir. vel omitt. poss. 41, 2. Oder: „usus et usus fructus non possidetur, sed magis tenetur" l. 1. §. 8. D. quod legatorum, 43, 3.

Der Besitz des Usus und Usus fruktus wird fast auf die nämliche Weise erworben, fortgesetzt und verloren, als der eigentliche Besitz.[56] Ja, das Interdictum uti possidetis wird dem Fruktuar utiliter gegeben. l. 4. D. uti possidetis.

---

54) v. Savigny, Besitz §. 45. S. 446. (4. Aufl.) Arndts, Pand. §. 187. S. 263. (2. Aufl.)

55) Vgl. l. 49. pr. l. 52. pr. D. h. t. 41, 2. l. 6. §. 2. D. de precario, 43, 26.

56) v. Savigny, a. a. O. S. 447.

Ebenso das Interdictum de vi, l. 3. §. 16. D. h. t. 43, 16.: „ex quacunque causa constitutus est ususfructus vel usus, hoc interdictum locum habebit,“ cfr. l. 60. pr. D. de usufr. l. 27. D. de donat.

Nach richtiger Ansicht auch das Interdictum de precario.[57]

Alles dies geschieht nur, weil der Nießbrauch das Ganze der Sache ergreift, und die Detention hinsichtlich des Umfanges dem Besitze der Sache völlig gleichsteht. Ferner liegen dem Nießbrauche

b. gewisse Klagen und Rechtsmittel bei, die eigentlich nur für das Eigenthum gelten; und hierbei zeigt sich recht deutlich, wie er, gleich diesem, auf die Totalität der Sache hinzielt. So hat er die aquae pluviae arcendae actio,[58] das interdictum de arboribus caedendis,[59] um Beeinträchtigungen beim Feldbaue oder im Wohnzwecke abzuwehren. Ebenso hat der Fruktuar die damni infecti cautio,[60] die operis novi nunciatio; ebenso ist ein opus novum Grund zur Vindikation seines Rechtes.[61]

Zur Ausübung des letzteren kann er sich die nöthigen Hülfsmittel sichern oder verschaffen durch gewisse Klagen, z. B. aus dem Testament gegen die Erben, wenn er zu seinem Nießbrauch z. B. eines Weges oder Zuganges be-

---

57) Derselbe a. a. O. S. 452. Arndts §. 192. Anm. 1. A. M. Puchta §. 239. Note b.

58) l. 22. pr. D. de aq. pluv. arc. 39, 3. „magis est, utilem aquae pluviae arcendae ei actionem accommodare.“ §. 2. eod: „an vero etiam utilis in fruetuarium actio ea danda sit, quaesitum est. et magis est, ut detur,“ cfr. l. 3. §. 4. eod.

59) l. 1. §. 4. D. h. t. 43, 27.: „Non solum autem domino aedium, sed etiam ei, qui usumfructum habet, competit hoc interdictum: quia et ipsius interest, arborem istam non impendere.

60) l. 13. §. 8. D. h. t. 39, 2. „fructuarium damni infecti utiliter stipulari hodie constat. (Ulp.)

61) l. 1. §. 20. D. de O. N. N. 39, 1. cfr. l. 1. §. 4. D. de remissionibus, 43, 25. Arndts §. 330.

darf.[62] Unter Umständen steht ihm sogar das Interdictum de itinere zu.[63]

Gegen Beschädigungen und Gebietsverletzungen kann er sich durch die actio legis Aquiliae schützen,[64] oder die actio de corrupto servo,[65] die actio in factum ob mortuum illatum,[66] actio finium regundorum[67] u. s. w. anstellen.

c. Die aufgezählten Rechtsmittel setzen nothwendig Verhältnisse voraus, wie sie nur bei einem Nießbrauche mit totalem Umfange denkbar sind. Wer nur ein einzelnes Durchgangsrecht hat, hat kein Interesse, wenn der Wohnzweck oder der Feldbau behindert, die Sache beschädigt, oder ihre Gränzen beunruhigt werden.

Jene Regeln gelten allgemein für jede Art von Nießbrauch, jeder Nießbrauch muß also auch die von ihnen vorausgesetzte Beschaffenheit haben.

Der Schutz der Rechtsausübung ist stets eine Hauptfrage. Bei Ertheilung desselben muß daher vor Allem der wahre und prinzipmäßige Begriff vorwiegen. Sonst würde man die unechte Form eines Rechtes schützen, die echte und normale vernachlässigen.

Wenn nun so bei den verschiedensten Grundlehren durchweg nur eine Form des Nießbrauchs in den Quellen vorkommt, so muß man wohl annehmen, daß diese auch die einzige und ausschließliche sei. Es ist willkürlich, ihr eine andere und zweite an die Seite zu stellen, zumal sich hierfür nirgends ein ausdrückliches Quellenzeugniß findet.

62) l. 1. §. 2. D. si ususfructus petatur.

63) l. 2. §. 3. D. si servitus vindicetur, 8, 5. cfr. l. unic. §. 4. D. de remiss. 43, 25.

64) l. 11. §. 10. D. h. t. 9, 2.: „an fructuarius vel usuarius legis Aquiliae actionem haberet, Julianus tractat, et ego (Ulp.) puto melius, utile judicium ex hac causa dandam,“ cfr. l. 12. eod. l. 17. §. 3. D. h. t. 7, 1. l. 13. pr. quod vi aut clam, 43, 24.

65) l. 9. §. 1. D. h. t. 11, 3.

66) l. 46. pr. D. de religios. 11, 7.

67) l. 4. §. 9. D. h. t. 10, 1. cfr. Elvers a. a. O. §. 82.

Es sei nun noch schließlich hier

IV. der Usufruktus, wie er im Leben und Rechtsverkehr erscheint, in Betracht gezogen.

Hauptsächlich wandte man ihn an, um nach dem Tode gewissen nahestehenden und verwandten Personen einen sorgenfreien Unterhalt zu sichern. Man wählte hierzu die Form eines dinglichen Rechtes, um sie der Willkür der Erben und dem ungewissen Erfolge obligatorischer Verhältnisse zu entheben.

So hinterließ man Ehefrauen, vielleicht wegen des ihnen fehlenden Erbrechts, einen Nießbrauch am gesammten Vermögen oder an einzelnen Gegenständen, z. B. Wohnhäusern, Salzwerken, Landsitzen, entweder auf Lebenszeit oder bis zu einer bestimmten Frist.[68] Freigelassenen ertheilte man Wohnung, um ihnen bis zu ihrem Tode ein sicheres Obdach zu verschaffen.[69] Eigenthümlich ist der Fall, wo eine Schwester den Nießbrauch an dem Erbtheile ihres Bruders erhält, mit der Auflage, für dessen Erziehung und Verpflegung zu sorgen.[70]

Zwecke der angegebenen Art riefen unzweifelhaft das Institut des Nießbrauches überhaupt ins Leben. Dieselben sind aber nur erreichbar, wenn dieser einen entsprechenden, d. h. ansehnlichen Umfang hat.

V. So führt uns denn das Leben zu demselben Ergebnisse, als die Theorie:

Usus und Usufruktus ist nothwendig die Anwendung und der Fruchtbezug, welche dem Wesen und der natürlichen Bestimmung einer Sache entsprechen. Machen wir jetzt

B. die Anwendung dieser Prinzipien.

I. Kann also jedwede einzelne Nutzung schlechthin schon Inhalt eines Usus oder Usufruktus sein?

---

68) l. 37. l. 32. §. 2. l. 35. D. de usu et usufructu legato.

69) l. 34. pr. D. eod.

70) l. 32. §. 6. D. eod.

Es kommt Nichts auf die Zahl der Befugnisse an, welche diese beiden Rechtsformen etwa in sich vereinigen! Es gilt gleich, ob Eins oder Mehr! die Qualität, nicht die Quantität ist entscheidend. Entspricht die Befugniß der Natur und dem Wesen der Sache? ist einzig und allein die Frage. Die irregulären Servituten sind also grundsätzlich zu verneinen. Eine einzelne Befugniß schlechthin, als solche, genügt noch nicht als Inhalt eines Usus oder Ususfruktus.

II. Nur nebenher, nur unter besonderen Umständen kann sie dies werden: nämlich dann, wenn sie zufällig die Hauptanwendung oder den Hauptertrag einer Sache einschließt.

Es ist nicht schlechterdings nöthig, ausdrücklich das Wort: „ususfructus“ bei Bestellung eines Nießbrauchs anzuwenden; es reicht hin, die spezielle Befugniß anzugeben, wenn diese nur den gehörigen Inhalt hat. Und hierfür geben die Quellen mehrfache Beispiele. Javolen bemerkt in l. 41. D. de usu et usufructu leg. 33, 2.:

„Cum ita legatum esset: Fructus annuos fundi Corneliani Publio Maevio do lego, perinde putat accipiendum esse Labeo, ac si ususfructus fundi similiter (d. h. sich alljährlich wiederholend) esset legatus: quia haec mens fuisse testatoris videatur.“

(l. 2. ex posterioribus Labeonis.)

Die Früchte sind der wesentliche Ertrag eines Grundstückes, und daher als Inhalt eines Nießbrauches geeignet. Denselben Fall behandelt l. 20. D. de usufr. 7, 1. (Ulpianus lib. 18. ad Sabinum). Treffend setzt Gajus den Fruktus und die Dienste eines Sclaven einander gleich, in l. 4. D. de operis servorum 7, 7.: „Fructus hominis in operis consistit et retro in fructu hominis operae sunt.“[71] In den operae ist auch der usus des Sclaven vermacht, wie Terentius Clemens, in l. 5. D. eod. bemerkt: „operis servi

71) vgl. Donellus, Comm. X. c. 1.

legatis usum datum intelligi et ego didici et Julianus existimat."[72]

Aehnlich l. 10. pr. D. de usu et hab. 7, 8.: „Si habitatio legetur, an perinde sit atque si usus quaeritur? et effectu quidem idem pene esse legatum usus et habitationis, et Papinianus consentit lib. XVIII. quaest."

(Ulp. lib. 17. ad Sabinum)

Die Beschränkung „pene" bedeutet nur, daß die habitatio weder non utendo, noch durch capitis deminutio untergehe, geht also nur auf die Modalität, nicht auf die Substanz. Wesentlich ist der Usus eines Hauses mit dem Wohnen darin identisch.[73]

Also der Inhalt ist maßgebend, wenn das Recht auch nicht direkt in Form eines Usus hinterlassen ist. Ja, die Form muß dem Inhalte weichen, und sich nach diesem berichtigen! So heißt es in l. 10. §. 2. D. eod.:

„sed si sic relictus sit: illi domus ususfructus habitandi causa: utrum habitationem solam an vero et usumfructum habeat videndum? Et Priscus et Neratius putant, solam habitationem legatam, quod est verum. Plane, si dixisset testator, usum habitandi causa, non dubitaremus, quin valeret."

Der Inhalt, das habitare, zeigt hier auf einen Usus, und dabei bleibt es — trotz der formellen Legirung eines Ususfruktus.

III. Solche indirekte Bestellung eines Nießbrauchs hatte im Justinianeischen Rechte keine Bedenken. Ebenso war sie im älteren Rechte unbedingt zulässig als Nebenbestimmung in einem Mancipations-Testament, oder als Vorbehalt bei den civilen Formen der Eigenthumsübertragung, indem bei

---

72) Es steht nicht entgegen l. 1. §. 9. D. ad leg. Falc.

73) Ohne alle Beziehung auf unsere Frage ist cst. 13. C. de usufr. et habit. 3, 33. cfr. §. 5. Inst. h. t. II, 5., wo die „benignior sententia Marcelli" recipirt ist.

diesen die Gültigkeit des Hauptgeschäfts auch die aller Nebenbestandtheile nach sich zog.[74]

Eine selbständige in jure cessio des Nießbrauches hingegen verlangte, kraft ihrer strengen Formalnatur, eine Bestellung mit ausdrücklichen Worten. Im entgegengesetzten Falle entstand kein civilrechtlicher Nießbrauch, sondern griff die Hülfe des Prätor Platz, wenn noch Tradition und Ausübung hinzugekommen war.

Mühlenbruch und Noodt haben bereits auf diesen Punkt aufmerksam gemacht;[75] die von ihnen citirten Stellen freilich ergeben nicht die richtigen Beispiele.

## §. 4.

## Die irregulären Servituten nach allgemeinen Gesichtspunkten.

Zu den obigen Resultaten gelangen wir auch durch Betrachtungen allgemeinerer Art. Denn

I. klingt es nicht fast widersinnig, wenn, wie nach der entgegengesetzten Ansicht nothwendig anzunehmen ist, als Inhalt eines Nießbrauches sich der winzigste Vortheil einer Sache ebensowohl, als die Gesammtsumme aller ihrer Nutzungen eignet? Es wird ja eben nach jener Ansicht nur schlechthin eine Nutzung erfordert; es kommt Nichts darauf an, eine welche dies sei. Dies heißt aber: das Kraut den Rüben, die „Stoppeln" dem „Aehrenschnitt" gleichsetzen. Das geringfügigste Wegerecht wäre ebensogut Nießbrauch des Grundstücks, als eine Ernte von vielen tausend Wispeln! Unzäh-

---

74) vgl. Dirksen in Sell's Jahrbüchern für historische und dogmatische Bearbeitung des Röm. R. II. 1843. S. 75—76. Gajus II, 33. Vat. fr. §. 45. 47. 51. Dirksen, vermischte Schriften I. S. 110. Vat. fr. §. 50.

75) Ersterer: im Arch. f. civil. Praxis XV. S. 386. Note 11., arg. l. 1. pr. D. quib. mod. ususfr. amitt. VII, 4. l. 1. §. 2. D. de S. P. R. Letzterer: de usufr. II. c. 2. in Opp. I. p. 392. Probabil. I. c. 3. §. 8.

lige Usufruktus wären an ein und derselben Sache denkbar. Es ist nicht abzusehen, warum so verschiedene Dinge denselben Namen führen sollen. Oder waren die Römer so wortarm?

Allerdings hat z. B. ein Weiderecht Etwas von Fruchtbezug. Allein der Nießbrauch ist der Fruchtbezug, nicht Etwas Fruchtbezug.

II. Wir würden aber auch durch die entgegengesetzte Ansicht nur um einen völlig unfruchtbaren Begriff bereichert. Denn wollte man nun wirklich die Theorie und praktischen Bestimmungen eines derartigen Nießbrauches construiren, so würde er nothwendig sich in sich selbst wieder in zwei engere Begriffe auflösen müssen.

Der materielle Inhalt ist für die Normirung eines Rechtes von größtem Belang und will berücksichtigt sein. Wie der allgemeine Servitutenbegriff in persönliche und prädiale, und diese wieder in städtische und ländliche Dienstbarkeiten sich spalten, würde jener Nießbrauch sofort in einen totalen und partialen zerfallen. In den wichtigsten Beziehungen würden für beide verschiedene Regeln gelten; die Schutzmittel des eigentlichen Nießbrauchs, wie z. B. Besitz-Interdikte, Schadenersatz-, Gränzscheidungs-Klagen u. s. f., wären auf den irregulären gänzlich unanwendbar, indem bei diesem als dem partiellen weder eine Detention, noch ein Interesse für Erhaltung des Ganzen Statt finden kann.

Der reguläre Nießbrauch wäre theilbar, der irreguläre nicht. Denn bei diesen wäre, wie beim Usus[76] und den Prädialservituten, das eigentliche uti, ire, agere u. s. w., d. h. der Akt selbst das Wesentliche. Jeder Akt aber ist untheilbar, und in ihm das Wesen jener Rechte. Beim regulären Usufrukt dagegen kommt es nicht auf den Akt, sondern auf den Gegenstand des Aktes, d. h. die Früchte und Erzeugnisse an, und, wie diese theilbar sind, ist es auch das Recht selbst.

---

76) vgl. oben §. 3. S. 32.

Der irreguläre Nießbrauch wäre also ohne alle Verwandschaft mit dem regulären. Beide gehen in ihrer Theorie und ihren Normen weit auseinander. Giebt man auch die Möglichkeit des irregulären zu, so ist es doch nicht der Usus, der Fruktus, auf den die Quellen deuten, nicht der, den Institutionen, Pandekten und Codex erläutern. Es wäre eine völlig andere Servitut: mit dem wahren Usus und Ususfruktus hätte sie Nichts als den Namen gemein.

Man wende nicht ein, daß ein solches Recht, ebenso wie der Nießbrauch, durch Nichtgebrauch erlöschen würde. Diese Form des Unterganges ist dem Nießbrauch nichts Eigenthümliches, sie trifft auch bei den Rusticalservituten zu!

Ebenso bedeutungslos ist es, daß jenes Recht der Ausübung nach verkauft oder verpachtet werden könnte, — auch der Superficiar, Emphyteuta und Pfandgläubiger kann sein Recht veräußern.

Und wenn der Usuar in der Nutzung nicht über sein Bedürfniß hinausgehen darf, so bilden die Prädialservituten das Seitenstück dazu.

Es ist endlich nur ein schwacher Berührungspunkt, wenn der irreguläre Nießbrauch, gleich dem regulären, durch capitis deminutio oder Tod des Berechtigten untergehen würde. Dies wäre nur ein Zusammentreffen in dem unwesentlichen Elemente, und bietet keinen Ersatz für die Verschiedenheit in der Hauptsache.

Alles in Allem hätten wir also in dem regulären und irregulären Ususfrukt einen Begriff, aber zwei Theorien.

Es wären aber auch die irregulären Personalservituten, wie theoretisch unmöglich, so

III. ohne jeden praktischen Werth. Denn

a. um mit den Rechten anzufangen, die gewöhnlich als Realservituten vorkommen, wie wäre ein jus stillicidii oder tigni immittendi ohne ein Gebäude denkbar, dessen Nutzen dadurch bezweckt würde? Dasselbe gilt von dem Inhalte jeder

städtischen Servitut.[77] Wie will man solche Rechte ohne alle Rücksicht auf ein Grundstück bestellen? Sie sind ja überhaupt nur der Grundstücke wegen da. Ebenso bedarf es bei einer Wege- oder Fahr-Gerechtigkeit u. dgl. immer eines festen Ortes, von welchem aus oder nach welchem hin man sich über die fremde Sache hinweg begeben will. Soll blos der Eigenthümer einer solchen Oertlichkeit für seine Person oder ein Miether, Pachter u. s. w. dazu berechtigt sein, so ist der Zweck nur ein ganz vorübergehender, und wozu ist hier ein dingliches Recht nöthig, welches doch immer einen stabilen Charakter trägt? Wie ungewiß ist es, ob nicht der Eigenthümer seine Sache verkaufen oder dem Miether gekündigt werden wird? Ebensowenig wird ein Fruktuar in den meisten Fällen noch ein Wege- oder ähnliches Recht nöthig haben, zumal, wenn das Grundstück schon vorher in derselben Weise bewirthschaftet worden war. Und zeigt sich ein solcher Mangel, so ist er hinreichend durch obligatorische Ansprüche geschützt. So in l. 1. D. de usu et usufr. leg. l. 15. §. 1. eod. l. 39. §. 4. l. 44. §. 9. D. de legatis I°. l. 2. §. 2—3. D. si servit. vind. 8, 5. Oft liegt auch dem Eigenthümer ob, für Abhülfe zu sorgen, l. 1. D. de usu et usufr. leg. l. 56. §. 4. D. de verbor. obl.

Vergebens sucht Cujacius[78] die Nutzbarkeit irregulärer Servituten zu erweisen: „man könne dieselben nicht nur, wie bei einer Grunddienstbarkeit, für ein Grundstück, sondern auch, wenn man mehrere Güter habe, ausüben." Allein wie künstlich ist dieser Fall!

Gewöhnlich giebt man auch zu, daß ein persönliches Trauf- oder Wege-Recht dem Berechtigten selbst ohne ein Grundstück von keinem Nutzen sei, legt aber ein großes Gewicht darauf, daß er es an den Inhaber eines benachbarten

---

77) Hasse, Rhein. Mus. I. S. 73. Note 3. Hoffmann, Servituten I. S. 198. Zachariä a. a. O. S. 52. A. M. Elvers a. a. O. S. 200.

78) Resp. Papin. II. ad l. 4. D. de serv. praed. rust. 8, 3.

Grundstücks veräußern und so indirekt nutzen könne. Aber dies würde den Rechtsverkehr nicht vereinfachen, sondern erschweren. Warum eine Servitut einführen, die nur da wäre, um verkauft zu werden, und an sich selbst keinen Werth hätte?

Zu einem solchen Rechte würden sich auch nur wenige Käufer finden: nur die Nachbarn des dienenden Grundstücks. Der Eigenthümer, der jenen Nießbrauch bestellt, kann schon ganz bestimmt wissen, welcher Nachbar der Käufer sein wird. Will also einmal dieser kaufen, jener sein Eigenthum belasten, warum schließen sie nicht direkt unter sich den Vertrag? Wozu der Umweg, erst noch einem Dritten einen Nießbrauch zu bestellen? Zudem würde in diesem Falle der Käufer nur eine Forderung gegen den Fruktuar erhalten. Beliebte es dem Eigenthümer, ihm hinderlich zu werden, so könnte er nicht einmal direkt die Confessoria anstellen. Im Uebrigen würde er die Servitut nur so lange ausüben können, als sie dem Fruktuar selbst zusteht, und er müßte z. B. nach dessen Tode sich doch an den Eigenthümer wenden, wenn er die Nutzung fortsetzen wollte.

Endlich könnte das Recht des Fruktuars selbst gänzlich vereitelt werden, wenn sich die Nachbaren mit dem Eigenthümer verständigten, dasselbe nicht kaufen zu wollen.

Wir hatten bisher namentlich Rechte vor Augen, die sonst gewöhnlich als Grunddienstbarkeiten erscheinen. Aber auch die Befugnisse, die lediglich zur Bequemlichkeit einer Person dienen, z. B. spazieren zu gehen u. dgl., können wohl schwerlich die Nützlichkeit irregulärer Servituten erhärten.

b. Die Gerechtsame nun endlich, die auf Erzeugnisse einer fremden Sache gehen, z. B. auf Steine, Getreide, Metalle u. s. f., können allerdings schon der Person allein von Nutzen sein, besonders, wenn noch der Verkauf derselben gestattet ist. Ergreifen sie die ganze Sache, so bilden sie einen ordentlichen Ususfrukt. Erstrecken sie sich nur auf eine bestimmte Quantität, so haben sie einmal in mehrfacher Hin-

sicht den Charakter eines Kaufes, und dann aber gewichtige ökonomische Gründe gegen sich. Der größte Ertrag eines Grundstücks wird nämlich erreicht, wenn die Bewirthschaftung sich in einer Hand vereinigt. Wie lästig und beschwerlich ist es, wenn auf demselben Grundstücke Mehrere, jeder auf eigene Hand, graben, pflügen, bauen, suchen und so vieles Andere vornehmen dürfen?

Wenn man heute das Eigenthum zu entlasten sucht, so ist es gewiß nicht an der Zeit, eine neue Klasse der beschwerlichsten Servituten einzuführen.

Allen Anforderungen des praktischen Bedürfnisses wird vielmehr in derartigen Fällen schon auf dem Wege obligatorischer Verhältnisse ausreichend begegnet. Der Gesetzgeber darf nicht um vereinzelter Fälle willen tief in der Natur der Sache begründete Prinzipien verlassen. Man muß hierbei stets das Wort des Theophrastus befolgen: „Jura constitui oportet in his, quae ἐπὶ τὸ πλεῖστον, i. e. ut plurimum accidunt, non quae ἐκ παραλόγου, i. e. ex inopinato“ (cfr. l. 3. D. de legibus senatusque cons. I, 3.) und ebenso das des Celsus: „ad ea potius debet aptari jus, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt.“ l. 5. D. eod.

---

Die irregulären Servituten sind demnach ohne praktischen Werth, theoretisch unmöglich, ihrem Begriffe nach widersinnig, und mit den Prinzipien des Usus und Usufruktus unvereinbar. Dies ist das Endresultat unserer obigen Darstellung.

In unserer Frage liegt aber noch ein tieferes Problem. Wir haben bisher nur eine Seite desselben erörtert.

Wie die Geschichte unserer Frage bezeugt, trugen sich die Gelehrten mit der Idee einer Servitut, die, mit einer einzelnen Nutzung als ausschließlichem Inhalt, ohne alle Rücksicht auf ein benachbartes Grundstück, ein-

zig und allein mit der Person des Berechtigten steht und fällt.

Hieraus entstand die weitere Frage, welcher Klasse von Servituten dieselbe beizuzählen?

Man antwortete mit einer neuen Form von Personalservituten. Diesen Ausweg mußten wir oben verwerfen. Ebenso ist eine solche Servitut als Usus oder Usufruktus unzulässig. Geist und Inhalt der letzteren verbieten dies. Es bliebe nun noch der dritte Weg, sie als Prädialservitut zu realisiren. Des Gemeinsamen und Verwandten findet sich hier viel. Beide Servituten hätten einen gleichartigen Gegenstand, beide dieselbe Intentio der confessorischen Klage, dieselbe Form des Besitzes und Besitzschutzes, beide wären gleich theilbar, kurz, sie hätten dieselbe Natur, denselben Gehalt.

Allein der einen fehlt die reale Beziehung auf ein benachbartes Grundstück. In dieser liegt aber der Anfang und das Ende aller Prädialservituten. Hiernach bestimmen sich ihre Voraussetzungen, ihre Gränzen, ihre Dauer, ihre ganze Theorie; hier ist auch ihre Scheidewand von jenem Problem.

Soll eine einzelne Nutzung überhaupt Servitut werden, so ist sie nur denkbar als Realservitut. Soll sich jenes Problem überhaupt verwirklichen, so ist es nur möglich als Realservitut mit personaler Modifikation. —

Der prinzipiellen Erledigung unserer Frage haben wir Nichts mehr hinzuzufügen. Die hier aufgestellten Grundsätze sind als absolut bindende Regel festzuhalten.

Ein Widerspruch vereinzelter Stellen kann in Wahrheit gar nicht existiren. In denselben können nicht einmal Ausnahmefälle statuirt werden. Denn es handelt sich hier um Begriffe. Begriffe aber sind unabänderlich, dulden keine Ausnahme. Gajus libr. 7. ad Edictum Provinc. l. 2. §. 1. D. de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur, 7, 5.

## §. 5.
## Entscheidung der Frage nach einzelnen Stellen.

Die Gesetze, die den ganzen Streit über die irregulären Servituten veranlaßten, sind, wie bereits angedeutet, folgende:

I. l. 32. D. de usufructu, 7, 1.

II. l. 4—6. D. de serv. praed. rust., 8, 3.

III. l. 37. D. eodem.

IV. l. 6. D. de servitute leg., 33, 3.

V. l. 14. §. 3. D. de alim. leg., 34, 1.

VI. l. 1. §. 11—12. D. de aq. cot., 43, 20. l. 1. D. de usu et usufr. leg., 33, 2.

### I. l. 32. cit.
Pomponius libro 33. ad Sabinum.

„Si quis unas aedes, quas solas habet, vel fundum tradit: excipere potest id, quod personae, non praedii est: veluti usum et usumfructum. Sed et si excipiat, ut pascere sibi vel inhabitare liceat, valet exceptio: cum ex multis saltibus pastione fructus perciperetur. Et habitationis exceptione usus videtur exceptus.“

Unzweifelhaft ist in dieser Stelle von dem vorbehaltenen Weide- und Wohn-Rechte als von persönlichen Servituten die Rede. Das Wort „excipere“ bedeutet nach dem festen Sprachgebrauche der Römer:[79] sich bei Eigenthumsübertragungen an der Sache noch ein dingliches Recht vorbehalten. Zudem braucht die Stelle selbst für die reservirten Rechte ausdrücklich die Worte „fructus“ und „usus,“ (cum . . . „fructus“ perciperetur — „usus“ videtur exceptus). Auch liegt es im Titel de usufructu gewiß nahe, vor Allem an Personalservituten zu denken.

Wenn die Glosse einwendet, daß die habitatio eine

79) Brissonius v. excipere p. 300. ed. Lips. 1721. Dirksen, Manuale h. v. cfr. l. 22. D. de condict. indeb. 12, 6. l. 13. §. si venditor, l. 21. §. qui domin. D. de A. E. l. 20. D. si serv. vind.

eigene Servitut bilde, und daher auch in unserer Stelle nicht als ein wirklicher Usus, sondern nur als eine Obligation gemeint sein könne — so ist dies sehr äußerlich, und wird dabei sowohl die ältere Gestalt der habitatio, als namentlich die l. 10. pr. D. de usu et habit. 7, 8. übersehen, wonach Usus und habitatio wesentlich identisch sind.

Auch ist es ganz willkürlich, wenn die Glosse annimmt, daß ein Weiderecht immer nur als Prädialservitut möglich sei.

In unserem Sinne hat schon der Antecessor Stephanus diese Stelle aufgefaßt.[80]

Wie stimmt aber dieselbe mit den oben entwickelten Begriffen des Usus und Usufruktus?

Die habitatio ist die hauptsächlichste Nutzung des Hauses, in ihr geht der Usus des letzteren auf.

Allein ist ein bloßes Weiderecht immer der Hauptertrag eines Grundstücks? Pomponius sagt auch nicht: daß ein Weiderecht immer Gegenstand eines Nießbrauchs sein könne; nur in einzelnen Fällen finde dies Statt, nämlich, wenn der ganze Fruktus schon in der Weide enthalten sei, wie z. B. dies bei vielen wüsten Schluchten geschähe.

Der Gedankengang der Stelle ist also der: Bei einer Eigenthumsübertragung kann man sich an dinglichen Rechten nur einen Usus oder Usufruktus vorbehalten. Hierbei ist es aber völlig gleichgültig, in welcher Form dies geschehe, ob mit den ausdrücklichen Worten usus und ususfructus, oder indirekt, indem man sich den wesentlichen Gehalt, d. h. die Hauptnutzung, den Hauptertrag der Sache, in unserm Falle die habitatio und die pastio, zurückbehält.

Dem entspricht auch vollkommen die Wendung: valet exceptio, die auf eine Gültigkeit in formeller Beziehung hindeutet.

Unsere Stelle reiht sich also durchaus den oben in §. 3. S. 43. aufgeführten an.

---

80) s. das von Zachariä a. a. O. abgedruckte Scholion S. 24—25.

Die Schlußworte endlich: usus videtur exceptus erinnern lebhaft an das „usum datum intelligi“ in l. 5. D. de operis servor., 7, 7. oder das „perinde accipiendum ac si ususfructus esset legatus“ in l. 41. D. de usu et usufr. leg., 33, 2.

Richtig hat man bemerkt, daß in unserer Stelle einzelne Nutzungen als Personalservitut erscheinen. Hätte man nur auch berücksichtigt, von welcher Qualität dieselbigen seien.

II. l. 4—6. D. de servit. praed. rust., 8, 3.

Wir behandeln zunächst die l. 6., und die l. 5. nur soweit, als sie zu deren Verständniß nöthig ist.

l. 5. §. 1. Ulp. lib. 17. ad Edictum.

— — Sed ipse (Neratius) dicit, ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit,

l. 6. Paulus lib. 15. ad Plautium.

Veluti, si figulinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus ejus fundi exportarentur, sicut in quibusdam fit, ut amphoris vinum evehatur; aut ut dolia fiant vel tegulae ad villam aedificandam. Sed si ut vasa venirent, figulinae exercerentur, ususfructus erit. §. 1. item longe recedit ab usufructu jus calcis coquendae et lapidis eximendi et arenae fodiendae, aedificandi ejus gratia, quod in fundo est. Item silvae caeduae, ut pedamenta in vineas non desint. Quid ergo? si praediorum meliorem causam haec faciant? Non est dubitandum, quin servitutis sit: et hoc et Maecianus probat e. q. s.“

Man sieht, die lex 6. hängt nur sehr locker mit der lex 5. zusammen. Sie hatte wohl ursprünglich einen etwas andern Sinn. Diesen zu errathen, ist nicht schwer.

Gegen das Ende der Stelle zeigt sich ziemlich klar, daß es unter den alten Juristen strittig war, ob Gerechtsame auf gewisse Produkte einer fremden Sache, z. B. auf Sand, Steine oder Kalk, als Prädialservituten zulässig seien.

Paulus bejaht dies, sofern nur dadurch das Grundstück verbessert würde und beruft sich hierbei auf Mäcian. (Quid ergo? non est dubitandum, quin servitutis[81] sit, et hoc et Maecianus probat.)

Wie es scheint, suchten die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung geltend zu machen, daß derlei Servituten sehr nahe an einen Usufruktus streifen würden, der jene Mineralien zum Inhalt hätte. Denn wozu behauptet sonst Paulus so nachdrücklich, daß solche Servituten dennoch von einem Usufruktus sehr verschieden seien? („Longe recedit ab usufructu jus calcis coquendae.") So zieht er eine feste Gränze zwischen beide Klassen: im Charakter der Servitut (servitutis est) liege die Beschränkung auf den Bedarf des herrschenden Grundstücks, im Charakter des Usufrukt dagegen (ususfructus (Genitiv) erit) ein unbedingtes Verkaufsrecht.

Nichts Anderes, als diesen Unterschied soll nun die Stelle verdeutlichen. Sie setzt daher auch nur ganz allgemein einen Usufruktus voraus (longe recedit ab usufructu jus calcis coquendae), der auf irgend eine Weise jene Produkte zum Gegenstande hat. Es ist gar nicht gesagt, daß diese der ausschließliche Gegenstand sein müßten. Es wird ebensowenig bemerkt, woran jener Nießbrauch stattfinde? Das Einfachste ist gewiß, an einen selbständigen Wald („silva caedua"), oder an ein selbständiges Grubenwerk zu denken. Aber ebensogut könnte auch ein größeres Grundstück

81) Der Genitiv: „servitutis" ist mit der Florentina gegen die Vulgata: „servitus" festzuhalten. Paulus untersucht ja eben, ob jene Gerechtsamen mit dem Begriffe der Prädialservituten überhaupt verträglich, als Gegenstand derselben zulässig seien; und dies drückt der Genitiv aus. Ebenso behält Noodt, Obs. I. c. 17. p. 264. (ed. Lugd. Bat. 1760.) die Florentina bei und citirt den Vers aus epist. 3. des Aulus Sabinus:

Sed non est rationis amor. te consule, nympha
Laesa est: et laesam scribis amare tamen.

Aehnlich heißt es in l. ult. D. de condictione causa data, causa non secuta, 12, 4. „utrum id contractus genus emptionis venditionis est pro portione."

in Betracht kommen, von dem der Wald oder die Grube nur einen Theil bildet. Hier handelt es sich dann um einen Nießbrauch nicht dieses Theiles, sondern des Grundstückes selbst, des „fundus," nicht der lapidicina." Diesen Fall bespricht l. 9. pr. §. 1—3. D. de usufr. 7, 1. Ein solcher Nießbrauch umfaßt dann alle Erträgnisse der Aecker, Wiesen, Gärten, und unter Andern auch die der Grube oder des Waldes. Wer blos das Recht an der Grube hat, hat noch nicht das Recht an dem Grundstücke.

Die Stelle vereinigt sich also sehr leicht mit den oben aufgestellten Grundsätzen. Sie zeigt nur den Unterschied, wenn vermöge einer Personal- und einer Realservitut ein Fruchtbezug zusteht. Freilich erscheint eine einzelne Nutzung hier als Nießbrauch. Aber entweder ist sie wieder der Hauptertrag der Sache, wie bei einer selbständigen Grube, oder nicht der ausschließliche Inhalt des Rechtes, wie bei einem Grundstücke mit einer Grube als Theil.[82]

---

Man hat nun ferner die l. 5. D. eod. mit unserer Frage in Verbindung gesetzt. Der §. 1. derselben lautet:

„Neratius libris ex Plautio ait, nec haustum pecoris nec appulsum, nec cretae eximendae calcisque coquendae jus posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat: et hoc Proculum et Atilicinum existimasse ait" (Ulp. lib. 17. ad Edict.).

Auf den ersten Anblick scheint hier die Möglichkeit irregulärer Personalservituten auf das Bestimmteste geleugnet zu

---

82) Hinsichtlich der Literatur dieser Stelle hat Noodt, Probabil. I. c. 3. nr. 9. p. 8. (to. I.) den ursprünglichen Zusammenhang im Ganzen treffend herzustellen versucht; danach aber den gegenwärtigen Text umzugestalten, ist ihm selber wohl nie in den Sinn gekommen.

Im Uebrigen s. Schulting-Smallenburg, Notae ad Dig. ad h. l. und Zachariä von Lingenthal a. a. O. S. 27. (Note 35.), der auch die Glosse erschöpfend widerlegt.

werden, indem ein Recht, auf fremdem Boden Vieh zu tränken oder Steine zu brechen, nur in Form von Realservituten bestellt werden könnte (non posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat"). Allein dem steht entgegen, daß ein Steinbruch unzweifelhaft Gegenstand eines Nießbrauches sein kann.

Man hat nun in entgegengesetzter Weise die Worte: „non posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat" dahin erklärt: Wenn jene Rechte als Realservituten bestellt würden, so sei ein benachbartes Grundstück nöthig.

Aber wozu hätte sich dann, bei einem so allbekannten Satze, Neratius noch auf die Autorität des Proculus und Atilicinus zu berufen?

Die Sache wird sich vielmehr so verhalten:

Es begegnet uns hier derselbe Streit als in l. 6. Beiden Stellen liegen die Bücher des Plautius zu Grunde. Beide handeln offenbar von Bedenken der Sabinianer, Rechte der oben angegebenen Art, wegen ihrer Aehnlichkeit mit dem Nießbrauch, als Prädialservituten zuzulassen. Paulus hatte in l. 6. eine Gränze gezogen zwischen einem ususfructus und einer servitus auf Mineralien; bei dem ersteren sei der Verkauf dieser Produkte gestattet, bei der letzteren nicht. In ähnlicher Weise stellt nun Neratius in l. 5. noch einen anderen Unterschied auf: zu einem Usufrukt bedarf es keines herrschenden Grundstücks; wohl aber sei ein solches zu einer Servitut erforderlich; eine Servitut an den Steinen oder dem Kalke eines fremden Bodens sei ohne benachbartes Grundstück unmöglich. Keinen anderen Sinn haben die Worte: „nec cretae eximendae jus posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat." Das praedium vicinum begründet also hier die Verschiedenheit, und darauf hatte vor Neratius schon Proculus und Atilicinus aufmerksam gemacht. Ein dem Neratius eigenthümlicher Grund wird uns dagegen am Ende der l. 5. überliefert: Man habe gar nicht mit den Sabinianern zu befürchten, daß eine Realservitut auf Kalk oder Steine

mit dem entsprechenden Usufrukt zusammenfallen würde. Denn gesetzt, man könnte eine solche Servitut bestellen, so darf sie doch niemals über den Bedarf des herrschenden Grundstücks hinausgehen.[83] In dem Umfange des Rechtes liegt also ein fernerer Unterschied, und damit kommt Neratius auf denselben Punkt zu sprechen, als Paulus in l. 6. So konnte man wohl beide Stellen mit einander verknüpfen.

Demnach ist die l. 5. völlig unerheblich für unsere Frage; aus ihr ergiebt sich weder Etwas für, noch gegen die irregulären Servituten. Vgl. Zachariä a. a. O. S. 29.

Schließlich sei noch bemerkt: die Anfangsworte des §. 1. „nec haustum pecoris nec appulsum nec cretae eximendae jus posse in alieno esse, nisi praedium vicinum habeat" sind comparativisch zu verstehen. Eine Servitut auf Kalk erfordert ebensogut ein benachbartes Grundstück als der haustus und appulsus pecoris.

l. 4. cit. lautet:

Papinianus lib. 2. Resp.

„Pecoris pascendi servitutes, item ad aquam appellendi, si praedii fructus maxime in pecore consistat, praedii magis quam personae videtur. Si tamen testator personam demonstravit, cui servitutem praestari voluit, emptori vel heredi non eadem praestabitur servitus."

Von größtem Gewicht sind in dieser Stelle die Worte: personae videtur. Was ist also ihre Bedeutung?

Papinian sagt: Unter gewissen Umständen ist eine Weideservitut vorwiegend oder regelmäßig auf ein Grundstück zu beziehen. Ausnahmsweise jedoch hat sie, und zwar unter

83) „Sed ipse Neratius dicit, ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit." l. 5. §. 1. in f. cit. In den Worten: „ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit" tritt recht deutlich der Streit der alten Juristen hervor, ob jene Realservituten möglich seien oder nicht.

denselben Umständen, eine Beziehung auf eine Person, — und einen Fall der letzteren Art enthält der zweite Theil unserer Stelle.

Es ist nun klar: Kennen wir das Charakteristische dieses Falles, so kennen wir auch die Bedeutung jener Worte; die Servitut, von der dieser Fall handelt, ist eine, die auf eine Person Beziehung hat, personae videtur.

Dieselbe hat aber dies Eigenthümliche, daß sie nur einer bestimmten Person geleistet wird („praestari"). Was heißt nun servitutem praestare, eine Servitut leisten?

Praestare ist offenbar etwas Anderes, als constituere, imponere, cedere servitutem. Möglicherweise kann eine Servitut auf immer constituirt, und doch nur eine Zeit lang zu prästiren sein. Das praestare geht auf das Faktische der Servituten, ist Gestattung einer Einwirkung, welche sonst Erfolg einer Servitut ist. Es kann auch wirklich das Recht selbst constituirt sein, dann heißt praestare servitutem: die Ausübung der Servitut gewähren. Ein Beispiel hierfür giebt l. 20. D. de serv. praed. rust., 8, 3.:

„Si et ducere per tuum fundum aquam jure potuero et in eo tibi aedificare invito me jus non fuerit; si tibi concessero jus esse aedificare, nihilominus hanc servitutem aquae ducendae mihi praestare debebis."

Offenbar ist hier das Recht der Servitut, der aquaeductus, bereits bestellt. Die Ausübung desselben darf nur nicht durch die Bauten auf dem dienenden Grundstücke geschmälert werden. Daher heißt es: „non aliter aedificari potest, quam ut ductus aquae maneat et ut non ab utendo impediar."

Aber auch, ohne daß überhaupt das Recht der Servitut bestellt wäre, ist ein „praestare servitutem" denkbar. Es ist dann nur die rein obligatorische Leistung eines Vortheils, der seiner äußeren Erscheinung nach einer eigentlichen Servitut gleichsieht. Das Wort „servitus" ist hier im uneigentlichen Sinne gebraucht für das dem Effekt nach der Servitut Aehnliche.

So heißt es in l. 1. §. 4. D. si ususfr. pet., 7, 6.: „An et alias utilitates et servitutes (sc. quam iter, viam) usufructuario heres praestare debeat, puta luminum et aquarum, an vero non?“ Oder in l. 15. §. 1. D. de usu et usufr. leg., 33, 2.: „quaero, an — fructuario servitus debeatur? Respondit: si in hereditate fundus est, per quem fructuario potest praestari via, — non aliter concedendum esse legatario fundum vindicare, nisi prius jus transeundi usufructuario praestet.“

Das „praestare, debere servitutem“ ist hier lediglich eine obligatorische Leistung an den Fruktuar. Eine wirkliche Servitut kann diesem nie zustehen, höchstens hat er die Ausübung einer Servitut, die dem im Nießbrauch befindlichen Grundstücke zusteht, ein Fall, der in den angeführten Stellen nicht einmal vorliegt.

Häufig sind endlich Wendungen, wie: „iter, viam, aquam, aditum praestare“ und beziehen sich ebenfalls auf eine Obligation, z. B. in l. 44. §. 9. de legatis I°. l. 1. D. de usu et usufr. leg. l. 12. pr. D. de annuis legatis („praestari autem volo ..... annua harundinis millia trecena“) l. 41. pr. D. de serv. praed. urb. l. 2. §. 2. D. si serv. vind., 8, 5. Verwechselungen mit einem wirklichen Servitutenverhältnisse waren hier möglich, und daher bemerkt Ulpian in l. 2. §. 2. D. cit. 8, 5.: „sciendum est, iter, quod fruendi gratia fructuario praestatur, non esse servitutem: neque enim potest soli fructuario servitus deberi, sed si fundo debeatur, et ipse fructuarius ea utetur.“

Dem Wortsinne des „praestare servitutem“ zufolge handelt es sich also im zweiten Theile unserer Stelle um das Faktische einer Prädialservitut. Nicht das Mindeste deutet darin auf einen Usus oder Usufruktus. Dem Berechtigten wird nur für seine Person die Ausübung einer Prädialservitut eingeräumt. Hierin liegt zugleich die Erklärung der Worte: personae videtur, d. h. jener persönlichen Beziehung, von der die zweite Hälfte der Stelle eben das Beispiel

enthält. Entsprechend ist nun auch die Wendung: „praedii videtur“ zu erklären.

Der Sinn unserer Stelle ist mithin der: Es ist eine Weide- und Triftservitut bestellt („pecoris pascendi servitutes, item ad aquam appellendi,“ das Wort servitutes ist hier im eigentlichen Sinne zu nehmen). Wenn nun der Ertrag des herrschenden Grundstücks wesentlich in der Viehzucht besteht, so muß man zunächst (magis) annehmen, daß auch die Ausübung jener Servituten dauernd mit dem Grundstücke verknüpft sei. Ausnahmsweise kann jedoch dieselbe blos auf eine bestimmte Person beschränkt sein, wenn nur der Wille des Testators darauf gerichtet ist.

Diese Interpretation bestätigt sich auch bei folgender Erwägung.

Eine Servitut bezieht sich in unserer Stelle bald auf eine Sache, bald auf eine Person. Die Servitut ist in beiden Fällen eine und dieselbe. Es handelt sich also um einen Gegensatz nicht ihres Wesens, sondern ihrer Modalität und Beziehung. Es kann somit nicht die Frage sein, ob sie Prädial- oder Personalservitut ist. Dies würde ihr Wesen betreffen.

Ein anderer Punkt. Die Worte: personae videtur gehen auf die Dauer der Servitut. Es ist also der Gegensatz: ob die Servitut die Dauer der Sache oder der Person habe. Hierbei kann es sich aber selbstverständlich nur um die Ausübung, nicht das Recht einer Prädialservitut handeln, da dieses nothwendig immer in rem ist. Ebenso kann es nicht auf das genus der Servitut ankommen, da es sich nur um einen Gegensatz der Dauer dreht.

Außerdem ist zu berücksichtigen, daß die lex 4. ein Bruchstück aus einer größeren Erörterung ist. Im Verlaufe derselben hatte Papinian gewiß den eigentlichen Streitpunkt: ob die Ausübung an der Sache oder der Person hafte, deutlich genug bezeichnet, daß er unbedenklich sich der kurzen Wendung: magis praedii, quam personae videtur, bedienen konnte.

Gegenwärtig ist der ursprüngliche Sinn dieser Worte nur aus dem zweiten Theile unserer Stelle erkennbar.

Die Form einer Realservitut mit personaler Ausübung endlich war den römischen Juristen sehr geläufig. Vor Allem gehört hierher l. 56. §. 4. D. de V. Obl.: „heres ejus, cui servitus praedii ita concessa est, ut, quoad viveret, jus eundi haberet, pacti conventi exceptione summovebitur."

(Julianus lib. 52. Dig.)

Bezeichnend ist auch l. 36. D. de serv. praed. rust., 8, 3.:

„Si cui servitus constituta sit et stipulatio poenalis in ejus unius duntaxat personam, si ei forte servitute frui non licuisset, relata sit, tamen nihilominus ad emptorem servitutem transire eumque exceptione non submoveri."

(Paulus lib. 2. Resp.)

Es ist ferner lediglich von einer Grunddienstbarkeit mit modifizirter Ausübung zu verstehen, wenn Paulus in l. 12. D. de annuis legatis bezüglich eines dort mitgetheilten Legates bemerkt, daß in Folge desselben „servitutem jure constitutam non videri neque in personam, neque in rem."

Das Legat lautet wörtlich: „Praestari autem volo ex praediis Potitianis praediis Lutatianis annua harundinis milia trecena et salicis mundae annua librarum singula milia."

Wie kann man hier an einen Usus oder Usus fruktus denken! Es wird ja nicht einer Person, sondern einem Grundstücke (praediis Lutatianis) legirt. Es kann nur von einer Realservitut die Rede sein. Der Beisatz „annua" bedeutet blos eine persönliche Dauer der Ausübung; nur auf Lebzeiten des Inhabers jenes Grundstückes kann das Recht geltend gemacht werden. Es folgt zwar keine vollständige Servitut, aber doch noch immer eine Servitut — aus den Worten des Legates an sich.

Allein mit großem Nachdruck ist gleich an der Spitze der Stelle bemerkt: daß das herrschende und dienende Grundstück in verschiedenen Bezirken liegen, Gajus Sejus praedia diversis pagis Meviae et Sejae legavit. Es ist also nicht einmal eine Servitut mit persönlicher Ausübung bestellt. Denn es fehlt an dem nothwendigen Erforderniß der Vicinität. Daher kommt Paulus zu dem Resultat: eine Servitut ist nicht bestellt, weder mit persönlicher noch mit sächlicher Beziehung.[84] Dies bedeuten die Worte „in personam" und „in rem," vgl. l. 37. D. h. t. 8, 3. l. 47. 49. D. de C. E.

Es ist nun schließlich noch einem Einwurfe zu begegnen.

Die Worte: servitus . . . personae videtur verstehen wir in unserer Stelle von einer Realservitut mit personaler Ausübung. Man behauptet nun auf das Entschiedenste, daß jene Worte niemals diese Bedeutung hätten, sondern nothwendig immer einen Usus oder Usufruktus bezeichnen müßten.[85] Das wäre begründet, wenn der Ausdruck: personae esse das Wesen dieser beiden Servituten bedeutete. Allein das Eigenthümliche derselben liegt in den Worten Usus und Usufruktus ausgesprochen. Höchst selten brauchen die Quellen statt dessen den Ausdruck servitus, und wo dies geschieht, handelt es sich nicht um den Usus und Fruktus an sich, sondern in ihrem Gegensatze zu den Prädialservituten. So heißt es in l. 25. pr. D. de Verb. Signif. „ususfructus non dominii pars est, sed servitutis (Haloander: servitus, wie in l. 6. D. de serv. pr. rust., 8, 3.) est, ut via et iter." Oder in l. 1. §. 9. D. ad legem Falc., 35, 2. „Si ususfructus legatus sit, qui et dividi potest, non sicut caeterae servitutes individuae sunt." Papinian sagt in fr. 66. §. 6. D. de legat. II. „fundo legato, si ususfructus alienus sit, nihilominus petendus est ab

84) So erklärt auch Cujacius, Observ. 24. c. 22. (anders zu l. 4. D. cit. 8, 3.), Noodt, Probabil. I. c. 3. nr. 11., Schulting-Smallenburg zu l. 12. D. de annuis leg.

85) z. B. Zachariä a. a. O. S. 28.

herede . . . . . non idem placuit de caeteris servitutibus." In l. 6. §. 4. D. si servitus vind., 8, 5. berichtet Ulpianus: „Papinianus lib. 3. quaest. ait singulos dominos aedium in solidum agere, sicut de caeteris servitutibus, excepto usufructu." Endlich ist hierher zu ziehen l. 57. pr. D. de usufr., 7, 1. „Dominus fructuario praedium, quod ei per usumfructum serviebat, legavit."

Das Wort „servitus" steht also dem Usus und Ususfruktus fern, und findet vielmehr seine eigentliche Stelle bei den Prädialservituten. Deutlich erhellt diese seine eigenthümliche Bedeutung aus Gajus, Epitome II, 1. §. 3., wo es heißt: „Haec jura tam rusticorum, quam urbanorum praediorum servitutes appellantur," wie wenn keinem anderen dinglichen Rechte der Name „servitus" zukäme.[86] Ebenso wird der Usus und Ususfruktus durchweg von den „Servitutes," gleichsam als etwas wesentlich Verschiedenes abgesondert. Die Institutionen handeln nämlich in lib. II. tit. 3. „de servitutibus praediorum," tit. 4. „de usufructu," tit. 5. „de usu et habitatione;" die Digesten lib. VII. „de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur," lib. VIII. „de servitutibus." Dieselbe Sonderung findet sich in lib. XXXIII., tit. 2. „de usu et usufructu legato" und in tit. 3. „de servitute legata." Ebenso im Codex lib. III., tit. 33. „de usufructu e. q. s." und tit. 34. „de servitutibus."

Als sich der Begriff: servitus, allmählig generalisirte, so daß Julian (l. 86. §. 4. D. de legat. I°.) ihn sogar auf die Superficies anwenden konnte, war es ganz natürlich, daß man die nunmehr darunter begriffenen Klassen von Rechten, die doch unter sich wesentlich verschieden waren, auseinanderzuhalten suchte, und zu dem Zwecke dem allgemeinen Begriffe servitus gewisse äußere Merkmale beizufügen anfing.

---

86) cfr. §. 3. Inst. de reb. corp. II, 2. l. 1. §. 1. D. de divis. rer., 1, 8.

Hierbei fiel es aber sogleich in die Augen, daß der Usus und Ususfruktus an der Person, die Grunddienstbarkeiten aber an der Sache haften.[87] Diesen Gegensatz benutzte man nun zu einem Unterschiede der Klassen selbst: man theilte in servitutes personarum und servitutes rerum, in jus hominis und jus praedii. Doch geschah dies nur, wenn man beide Klassen einander gegenüberstellte. Besonders scheint sich Pomponius in diesem Gegensatze gefallen zu haben.[88]

Der Ausdruck: servitus personae est geht also nicht auf das Wesen des Usus und Ususfruktus; er bildet nur ein äußeres Merkmal, um letztere gegenüber den Grunddienstbarkeiten zu bezeichnen. Die Worte: usus und ususfructus gehen immer nothwendig auf einen Usus und Ususfruktus, der Ausdruck personae esse kann sich auch auf etwas Anderes beziehen, ist nicht jenen Rechten eigenthümlich.

So heißt es ganz dürr in l. 3. §. ult. D. quib. mod. ususfr. am., 7, 4.: jus fruendi morte exstinguitur, sicut si quid aliud, quod personae cohaeret.

In der That findet sich in den Quellen der Gegensatz zwischen praedium und persona in den mannichfachsten Beziehungen, und insbesondere für Alles, was nur irgendwie die Dauer einer Person hat oder nicht. Von der aqua ex

87) cfr. die Stellen bei Brissonius v. persona.

88) So sagt er in l. 20. §. 3. D. h. t. 8, 3: hauriendi jus non hominis, sed praedii est — in l. 15. D. de servit., 8, 1.: quoties nec hominum nec praediorum servitutes sunt — in l. 32. D. de usufr., 7, 1.: potest excipere id, quod personae, non praedii est, velut usum et usumfructum. Aehnlich in l. 8. §. 3. D. de liberat. leg., 34, 3. (libro 6. ad Sabin.): quotiens enim cohaeret personae id, quod legatur, velut personalis servitus, ad heredem ejus non transit. „personalis servitus" heißt hier nicht eine Usus oder Ususfruktus, sondern eine Realservitut mit persönlicher Ausübung. Aehnlich Marcian in l. 1. D. h. t. 8, 1.: servitutes aut personarum sunt, aut rerum.

Ueber l. 12. D. de annuis leg. s. oben, über l. 37. D. de servit. praed. rust. l. 21. D. de usu et habit. l. 14. §. 3. D. de alim. leg. s. unten.

castello sagt z. B. Ulpian in l. 1. §. 43. D. de aq. cot., 43, 20. „interdum praediis, interdum personis datur. quod praediis datur, extincta persona non exstinguitur. quod datur personis, cum personis amittitur. ideoque neque ad alium dominum praediorum, neque ad heredem vel qualemcunque successorem transit.“

Es ist hier ein und dieselbe aqua, die dennoch eine sächliche und persönliche Beziehung haben kann. Aehnlich sagt l. 196. D. de divers. reg. jur. von den Privilegien: „quaedam causae sunt, quaedam personae, quae ad heredem non transeunt“ und so in unzähligen Beispielen.

Der Ausdruck: personae esse wird von Privilegien, öffentlichen Concessionen, Obligationen, Liberationen, Personalservituten u. s. w. gebraucht. Man wird ihn also auch auf Realservituten anwenden können. Die Bezeichnung: servitus personae hatte sich bei den Römern noch nicht zu einem festen Kunstworte gestaltet, wie heute.

Was schließlich die Literatur unserer Stelle anlangt, so ist uns ein Scholion des Antecessor Stephan zu l. 32. D. de usufr. 7, 1. erhalten,[89] dessen Schlußworte sich auch auf unsere l. 4. erstrecken und im Ganzen die obige Interpretation bestätigen. Es heißt nämlich dort:

*Εἴ τις διὰ τὸν οἰκεῖον ἀγρὸν, τυχὸν τὸ κοπρίζειν αὐτὸν, ἔτρεφε τὴν οἰκεῖαν ἀγέλην, τότε ἰμρὲμ αὐτῷ παραχωρῆσθαι δουλεία δοκεῖ, πλὴν εἰ μὴ δῆλός ἐστιν ὁ τὴν δουλείαν παραχωρήσας ὅτι αὐτῷ καὶ μόνῳ, τουτέστιν ὅτι αὐτῷ περσοναλίαν δουλείαν παρεχώρησεν ὥς φησι παππινιανὸς ἐν τῷ ἑξῆς βιβλίῳ τί. γ΄ διγ. δ΄* (tunc in rem servitus ei constituta esse videtur, nisi forte is, qui servitutem constituit, aperte illi soli h. e. personalem ei servitutem concessit, ut dicit Papinianus tit. 3. dig. 4.) Die Worte *αὐτῷ καὶ μόνῳ* machen es unzweifelhaft, daß Stephanus hier an eine

---

89) Abgedruckt bei Zachariä a. a. O. S. 22—25.

Prädialservitut mit persönlicher Beschränkung denkt, cfr. l. 56. §. 4. D. de V. Obl.

Unter den Neueren handelt besonders ausführlich Cujacius (lib. II. Respons. in Opp. IV. p. 893.) von unserer Stelle. Wegen der Worte: personae videtur erklärt er sie in ihren beiden Theilen von einem Usus und Usufruktus. Wie schon Zachariä von Lingenthal a. a. O. bemerkt, übersieht er hierbei, daß nur ein und derselbe concrete Fall eines Legates dem ganzen Responsum Papinian's zu Grunde liegt.

Cujacius erkannte wohl, daß, wenn man in der zweiten Hälfte der Stelle eine modifizirte Prädialservitut annähme, man auch ebenso die Worte: personae videtur erklären müsse. Zachariä hingegen nimmt in der ersten Hälfte eine wahre Personalservitut an, obwohl er in der zweiten eine Realservitut erblickt.

Mühlenbruch endlich (Arch. XV. S. 386.) erklärt die Stelle gänzlich von einer Grunddienstbarkeit in der oben von uns aufgestellten Weise. Sein Hauptargument ist freilich nur im Wesentlichen das der Glosse zu l. 32. D. d. usufr., 7, 1., daß die Ausdrücke: pascendi oder appellendi pecoris servitus bei den Römern immer eine Realservitut bezeichneten.[90]

Aus dem Titel de servitutibus praediorum rusticorum haben wir noch zu behandeln die

### III. l. 37.

Paulus lib. 3. Responsorum.

„Lucius Titius Gajo Sejo fratri S. D. De aqua fluente in fontem, quem pater meus in Isthmo instruxit, do concedoque tibi gratuito digitum, sive ad domum, quam in Isthmo tenes, sive quocunque tandem volueris.

Quaero, an ex hac scriptura usus aquae etiam ad heredes Gaji Seji pertineat?

90) Vgl. über diese Bemerkung Elvers a. a. O. S. 200. und oben §. 2. S. 16.

Paulus respondit, usum aquae personalem ad heredem Seji quasi usuarii transmitti non oportere."

Es kommt hier hauptsächlich auf die Worte: usus aquae an. Sollte damit die Personalservitut Usus bezeichnet werden, so wäre es offenbar eine völlig grundlose Frage, ob dieser Usus auch auf die Erben übergehe? Denn es ist unzweifelhaft, daß der Usus stets mit der Person des Usuars erlischt. Ebenso unpassend wäre dann auch in der Antwort des Paulus der Ausdruck: usus personalis, denn es giebt keinen Usus, der an einem Grundstücke haftete. In der That, unter jener Voraussetzung wären Frage und Antwort gleich müßig.

Vielmehr heißt usus aquae: Ausübung einer Wasserservitut.

In vielen Stellen wird dem Rechte einer Prädialservitut, dem jus, der usus, als die Ausübung entgegengesetzt. So in l. 25. D. h. t. 8, 3.: Si partem fundi mei certam tibi vendidero, aquaeductus jus, etiamsi alterius partis causa plerumque ducatur, te quoque sequetur: neque ibi aut bonitatis agri aut usus ejus aquae ratio habenda est, ita ut eam solam partem fundi, quae pretiosissima sit, aut maxime usum ejus aquae desideret, jus ejus ducendae sequatur. Ulpian bemerkt in l. 2. D. de extraord. cogn. 50, 13.: De usu aquae, de rivis novis inciviliter institutis . . . . praesidem provinciae doceri oportere responsum est. Sogar ein „frui aqua" kommt bei einer gehörigen Prädialservitut vor in l. 36. D. h. t. 8, 3. Aehnlich in l. 17. D. de servit. 8, 1. (Pomponius): „viae, itineris, actus, aquaeductus pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est" und in dem wiederentdeckten Fragmente des Pomponius: „servitutes dividi non possunt: nam earum usus ita connexus est, ut, qui eum partiatur, naturam ejus corrumpat." Ebenso drückt sich aus Gajus in l. 5. D. cit. 8, 1.: „Usus servitutum temporibus secerni potest," und Javolenus in

l. 20. D. eod. „usum ejus juris i. e. viae pro traditione accipiendum puto.“ Bemerkenswerth sind außerdem noch l. 47. 49. D. de contr. empt. 18, 1. l. 8. D. de aq. pluv., 39, 3.

Dies mag genügen, den behaupteten Sprachgebrauch darzuthun. Es darf auch nicht befremden, wenn Paulus in unserer Stelle den Inhaber des fraglichen Wasserrechts einen quasi usuarius nennt. Er zieht das Verhältniß eines Usuars nur vergleichsweise herbei, nimmt es also in unserem Falle nicht als wirklich vorliegend an.[91]

Für unsere Interpretation, daß die Stelle von einer modifizirten Prädialservitut handle, spricht auch ihr Platz im Titel de servitutibus praediorum rusticorum.

Mag man nun eine Personal- oder Prädialservitut annehmen, so bleibt doch die Frage offen, ob das in der Stelle mitgetheilte Schriftstück für das klassische Recht überhaupt zur Errichtung einer Servitut ausreichend sei? Cujacius (opp. IV. p. 896.) und Westphal (de libert. et serv. p. 325.) denken an eine codizillarische Errichtung, da die Worte δίδωμι καὶ χαρίζομαι, do concedoque die bei Legaten übliche Einsetzungsformel seien. Allein jenes Schriftstück ist ein Brief, kein Legat.

Andere suchen die Erklärung in dem Orte der Bestellung.

Nach Gajus II. §. 31. können in den Provinzen Servituten durch formlose Akte entstehen; das fragliche Wasserrecht wird nämlich auf dem Isthmus errichtet.

Vielleicht ist aber die Vermuthung Duaren's und Zachariä's von Lingenthal die wahrscheinlichste: Jenes Schriftstück

---

91) Nach Mühlenbruch, Arch. XV. S. 389. Anm. 14. bedeutet das Wort „quasi,“ daß hier nicht von einer civilrechtlich, sondern nur prätorisch errichteten Personalservitut die Rede sei — wenn sich nur eine Spur in der l. 37. fände, daß es sich um die Errichtung einer Servitut handle!

bezwecke nicht die Bestellung des Rechtes selbst; diese habe vielmehr zu anderer Zeit in aller Förmlichkeit stattgefunden; nach dem Tode der Contrahenten sei es strittig geworden, ob die Servitut auch den Erben des ersten Erwerbers zustehe. Zur Entscheidung der Sache habe man nun jenen Brief beigebracht, der sonst völlig außerhalb des Bestellungsaktes liege.

Und in der That, sehen wir genauer zu, so handelt es sich in der Stelle nicht um die Bestellung einer Servitut, sondern um ihre Uebertragung auf die Erben; es ist die Frage, ob aus jenem Schriftstücke der Uebergang auf die Erben folge, nicht, ob daraus eine Servitut entstehe. Die Servitut wird bereits als bestellt vorausgesetzt.

Hiermit erledigt sich auch ein anderes Bedenken. Aus den Worten: *εἰς τὴν οἰκίαν σου — ἢ ὅπου ἂν βούλει* (ad domum, — sive quocunque volueris) folgern Manche, daß man in unserer Stelle eine Personal-, nicht Prädialservitut anzunehmen habe. Grunddienstbarkeiten müsse man nämlich immer mit Rücksicht auf ein bestimmtes Grundstück bestellen; der Berechtigte dürfe nicht für beliebige Oertlichkeiten die Servitut benutzen. Allein einmal ist jenes Schriftstück nicht die Bestellung, sondern etwa nur die Vorbereitung derselben. Sodann können die Servituten iter, actus, via und aquaeductus allgemein (simplicius) bestellt werden, so daß sich der Berechtigte nach seiner Bequemlichkeit eine beliebige Richtung bei Ausübung seiner Servitut auswählen darf, die er dann freilich für alle spätere Zeit ohne Abweichung beibehalten muß.[92] Es hindert Nichts, in unserer Stelle ein ähnliches Verhältniß vorauszusetzen.

Der Umfang der Servitut ferner wird durch den Bei-

---

92) s. l. 9. D. de servit. 8, 1. l. 13. §. 1—3. l. 26. D. de serv. praed. rust., 8, 3. l. 6. §. 1. l. 19. §. 1. D. quemad. serv. amitt., 8, 6. und Zachariä von Lingenthal, Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae. S. 54—55.

satz „digitus" (δάκτυλος) fixirt, d. h. ein Wasserstrahl von gewisser Stärke.[93]

Sehr eng mit unserer Stelle hängt die l. 21. D. de usu et habit. zusammen; sie lautet: „usus aquae personalis est et ideo ad heredem usuarii transmitti non potest."

(Modestinus lib. 2. Regularum.)

Offenbar steht diese Stelle hier außerhalb ihres ursprünglichen Zusammenhanges; vielleicht ist sie selbst aus der l. 37. des Paulus, und nur irrigerweise von den Compilatoren in den Titel de usu et habitatione, wie es scheint, mit Abänderungen aufgenommen.

### IV. l. 6. D. de servitute legata, 33, 3.

Papinianus lib. 17. Responsorum.

„Pater filiae domum legavit eique per domus hereditarias jus transeundi praestari voluit. si filia domum suam habitet, viro quoque jus transeundi praestabitur. alioquin filiae praestari non videtur. quodsi quis non usum transeundi personae datum, sed legatum servitutis plenum intelligat: tantundem juris ad heredem quoque transmittetur. quod hic nequaquam admittendum est: ne quod affectu filiae datum est, hoc et ad exteros ejus heredes transire videatur."

Wie in der lex 4. pecoris, deutet hier das Wort „praestare" auf die Ausübung einer Prädialservitut. Dem jus transeundi wird der usus transeundi deutlich entgegengesetzt. Wollte man das Wort „usus" von einer echten Personal-

---

93) vgl. Alciatus, Disp. II, 7. und Zachariä a. a. O. S. 34. Wunderlich erklärt Accursius: digitus i. e. quantum fluit per digitum statuae vel imaginis, per cujus foramen stillat aqua, quandoque enim per rostrum, quandoque per digitum fluit.

Hinsichtlich der Literatur der Stelle, so ist die Glosse für ein „jus personale" d. h. eine Obligation nach ihrem Sprachgebrauche, Cujacius (opp. IV. p. 896.), Noodt (Probabil. I. c. 3. nr. 10.), Mühlenbruch (Arch. XV. S. 389.), Zachariä (a. a. O. S. 34 ff.) für eine Personalservitut, und ihnen folgen meistens die Handbücher.

servitut verstehen, so wäre der dabei gemachte Zusatz „personae datus“ ganz überflüssig.

(„quodsi quis non usum transeundi personae datum intelligat.“)

Es treffen ferner alle Erfordernisse einer Grunddienstbarkeit bei dem aufgestellten Falle zu, namentlich fehlt es nicht an zwei benachbarten Grundstücken.

Ja, sogar setzt Papinian jenen Usus dem vollständigen Vermächtnisse einer Prädialservitut gegenüber (legatum servitutis plenum). Es liegt also das Vermächtniß einer Prädialservitut vor, nur kein vollständiges. Die Unvollständigkeit ist nämlich die, daß die Ausübung des Rechtes nicht auf die Erben übergeht. Es kann also keine Personalservitut vermacht sein, denn eine solche ist vollständig, obwohl sie sich nicht vererbt.

Es kommt hinzu, daß unsere Stelle in dem Titel vom Vermächtniß der Prädialservituten steht. Enthielte sie eine Personalservitut, so hätte man sie gewiß in den vorhergehenden Titel gesetzt, der ausführlich vom Vermächtniß des Usus und Usufruktus handelt.

Sonach vereinigen sich Umstände genug, um in unserer Stelle eine Prädialservitut mit personaler Beschränkung anzunehmen. Es ist aber sowohl die Zeit als die Form der Ausübung beschränkt. Die Servitut darf nur auf Lebzeiten der Tochter ausgeübt werden — dies ist die Zeit —, aber auch nur von ihr selbst und ihrem Manne.[94] Diese Form folgt aus dem eigentlichen Beweggrunde des Erblassers bei dem in Rede stehenden Vermächtniß. Das Recht der Servitut läßt freilich eine solche Einschränkung nicht zu, wohl aber die Ausübung. l. 5. §. 1. l. 4. §. 1. D. de servit., 8, 1.

Die Glosse erblickt — nicht ohne Grund — in unserer Stelle eine Obligation. Cujacius hingegen — wegen des

---

94) Aehnlich die Bestimmungen in l. 2—7. D. de usu et habit.

Wortes „usus" — ein „jus personale, quod cum persona exstinguitur, nec praedio tribuitur." [95]

Zachariä von Lingenthal endlich wendet der Glosse ein, daß der Titel, in dem sich unsere Stelle befinde, nicht von Obligationen, sondern von Servituten handle, — ohne selbst zu berücksichtigen, von welchen Servituten?

Auch bemerkt er, daß eine Obligation kein Gegensatz zu dem vollständigen Legate einer Servitut sei. Er selbst freilich hält das volle für unvollständig.

Auf die bisher erörterten Stellen lassen wir folgen die bekannte

### V. l. 14. §. 3. D. de alim. legat., 34, 1.

Ulpianus lib. 2. Fideicommissorum.

Quidam libertis suis, ut alimenta, ita aquam quoque per fideicommissum reliquerat: consulebar de fideicommisso, quum in ea regione Africae vel forte Aegypti res agi proponebatur, ubi aqua venalis est. Dicebam igitur, esse emolumentum fideicommissi, sive quis habens cisternas id reliquerit, sive non, ut sit in fideicommisso, quanto quis aquam sibi esset comparaturus; nec videri inutile esse fideicommissum, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta. Nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam appulsus, est servitus personae, tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur. In eadem causa erunt gestandi vel in tuo uvas premendi vel areae tuae ad frumenta ceteraque legumina exprimenda utendi: haec enim aqua personae relinquitur.

Die Stelle hat die verschiedensten Erklärungen gefunden. Es wird genügen, die beiden Hauptansichten in Betracht zu ziehen. Die eine geht dahin: mögen sich Cisternen im Nachlasse des Erblassers vorfinden oder nicht, in beiden Fällen

95) vgl. Recitt. solemn. VIII, 3. Dig. in to. VII. (— „et hoc significat nomen usus, l. 6. D. de serv. leg. l. 1. D. de usu et usufructu leg. l. 37. D. h. t. 8, 3.

gebe das Fideicommiß nur einen obligatorischen Anspruch. Dasselbe sei nicht etwa unwirksam, weil in dem fraglichen Wasserrechte dem Nichtbesitzer eines benachbarten Grundstücks eine Prädialservitut hinterlassen wäre. Es sei allerdings vollkommen richtig, daß Einem, der kein Nachbargrundstück hat, auch keine Prädialservitut zustehen könne. Zwar kann bisweilen ein Wasserrecht einen persönlichen Charakter haben, indem die Ausübung desselben nur an die Person des ersten Erwerbers geknüpft ist, doch darf es selbst in diesem Falle nicht an dem Erforderniß eines praedium vicinum fehlen. Allein das obige Bedenken könne bei unserem Falle überhaupt nicht Platz greifen; denn es handle sich nicht um Bestellung einer Servitut, sondern nur um einen obligatorischen Anspruch.

Diesen Erklärungsversuch vertritt die Glosse, und in neuerer Zeit Mühlenbruch, Archiv für civil. Praxis XV. S. 387.

Die Einwürfe gegen diese Erklärung lassen sich dahin zusammenfassen:

1. Der Sprachgebrauch der Römer verbiete es, die Worte „servitus personae“ auf eine Prädialservitut zu beziehen. Die Grundlosigkeit dieser Behauptung haben wir bereits oben dargethan.

2. Wenn Ulpian lediglich von einer Obligation handelte, so wäre es eine völlig absurde Bemerkung, daß aus dem Fideicommiß keine Prädialservitut entstehen könne, und somit dasselbe gänzlich unwirksam sei. So Vangerow, Leitfaden §. 339. und Zachariä a. a. O. — und mit Recht.

Auf diese Bemerkung überhaupt zu antworten, und noch dazu an einer langen Reihe von Beispielen zu entwickeln, daß sie an sich wohl begründet sei — dürfen wir gewiß nicht eines Ulpian würdig halten. Zudem erfüllen jene Beispiele nicht einmal den Zweck, zu welchem sie angeführt werden.

3. Unter den aufgezählten Beispielen finde sich auch das jus gestandi; dies könne aber ebensowenig Prädial-

servitut sein, als ein jus spatiandi — wie scharfsinnig Zachariä von Lingenthal bemerkt a. a. O. S. 41. und Note 50.

Untergeordneter Art sind die übrigen Einwürfe. Soviel ist indeß klar: Nach der Erklärung der Glosse leidet die Stelle an einem auffallend schwerfälligen Gedankengange.

Um nur einigermaßen einen Zusammenhang herzustellen, müßte man zwei Sätze einschieben: einen unmittelbar vor den Worten „nam et haustus aquae“ u. s. w., um diese Explikation zu motiviren, den andern vor den Schlußworten: haec enim aqua personae relinquitur, um auf jenes Bedenken gegen die Gültigkeit des Vermächtnisses zurückzuweisen, welches eben durch diese Worte gehoben wird.

Die andere Haupterklärung läßt sich etwa so ausdrücken:

Man müsse zwei Fälle unterscheiden: Wenn sich keine Cisternen im Nachlasse vorfinden, so könne der Legatar nur eine Geldsumme fordern, um sich dafür Wasser zu verschaffen, gerade so, als wäre eine fremde Sache legirt, zu deren Entgelt der Erbe dann verpflichtet ist. Im zweiten Falle, wenn Cisternen unter den Erbschaftssachen sind, so wäre — ganz allgemein — eine „Servitut" hinterlassen (man darf hier noch nicht fragen, was dies für eine Servitut sei, ob eine Personal- oder Prädialservitut! Zuerst handle Ulpian ganz in abstracto von einer „Servitut," erst nach und nach, bei längerer Ueberlegung, komme er zu einer concreten Gestalt; vgl. Zachariä a. a. O. S. 45.). Wenn auch nicht ausdrücklich dieser zweite Fall in der Stelle besprochen wird, so müsse man doch den obigen Gedanken hinter dem Worte: comparaturus ergänzen.

Da es sich also nur zunächst allgemein um eine „Servitut" handle, so liege die Bemerkung ganz nahe, daß dies keine Prädialservitut sein könne, indem hier der Fideicommissar nicht Inhaber eines benachbarten Grundstückes sei, und man könnte leicht deßhalb das ganze Vermächtniß für

total unwirksam erklären wollen. Allein dem ist nicht so. Allerdings sei ein Wasser- oder ein Triftrecht gewöhnlich eine Prädialservitut; aber ebensogut könnten sie als Personalservituten vermacht werden. Dasselbe finde auch noch Anwendung bei manchen anderen Gerechtigkeiten. Denn bei jenem Vermächtniß handle es sich um eine Personal-, keine Prädialservitut. (Andere emendiren noch die Schlußworte, und erklären dann: dasselbe gilt noch für manche andere Rechte, denn diese könnten gleichfalls als Personalservituten vorkommen.)

Sehen wir nun, ob diese Erklärung die Fehler der Glosse vermeidet.

1. Wenn Ulpian zunächst nur allgemein von einer Servitut spricht, ohne Unterschied, ob dies eine Prädial- oder Personalservitut sei, ist es nicht voreilig, ihn einseitig von einer Prädialservitut zu verstehen, und daraus gleich die Ungültigkeit des ganzen Vermächtnisses herzuleiten? Und dann, wie kann man einem Ulpian jenen Schneckengang vom Abstrakten zum Concreten zumuthen! Denkt aber Ulpian schon von vornherein an eine Personalservitut, wie kurzsichtig ist es dann, das Fideicommiß umstoßen zu wollen, weil daraus keine Prädialservitut entstehe. Ebenso erscheint es, wie bei der Erklärung der Glosse, ganz nutzlos, wenn Ulpian eine Anzahl sehr bekannter Prädialservituten aufzählt, um nur eben zu sagen, daß sie Prädialservituten seien, mitunter aber auch als Personalservituten vorkommen könnten. Mit demselben Rechte hätte er alle nur mögliche Servituten aufführen können.

Ja, das jus gestandi erscheint selbst nach dieser Erklärung als Grunddienstbarkeit, es wird ja dem pecoris appulsus, aquae haustus und anderen Prädialservituten gleichgestellt („in eadem causa erit“), es ist, wie diese, meistens Real-, mitunter Personalrecht.

2. Hinsichtlich des Gedankenganges greift auch diese Ansicht zur Einschiebung von Sätzen. Was berechtigt uns,

nach dem Worte comparaturus zu ergänzen: sed si cisternas habens id reliquerit fideicommissum testator, servitutem relictam videri, wobei nun noch das Wort: servitutem abstrakt zu fassen sein soll?

Man sieht es dem Satze an, daß er nur gemacht ist, um ein künstliches Mißverständniß des Wortes servitus zu ermöglichen.

Also auch dieser zweite Erklärungsversuch kann uns nicht befriedigen.[96] Er hat dieselben Mängel, wie der der Glosse. Bei beiden ist der Einwand gegen die Gültigkeit des Fideicommisses ungerechtfertigt; bei beiden werden allbekannte Dinge gleich weitläuftig explizirt. Das jus gestandi tritt hier wie dort als Grunddienstbarkeit auf; hier wie dort zerfällt die Stelle in zwei unvereinbare Stücke; bei der Glosse reißt der Faden mit den Worten „nam et haustus" ab, bei der zweiten Erklärung mit den Worten: nec inutile videri fideicommissum. Auf die eine wie die andere Weise muß man zu Ergänzungen schreiten. Die Glosse hat nur voraus, daß sie den Text unverändert läßt, während die andere Erklärung sich in den gewagtesten Conjekturen gefällt.[97]

Es kann nicht unsere Absicht sein, einen einheitlichen Gedankengang in der Stelle nachzuweisen. Die Schwierigkeit liegt nicht in einem Mangel der Erklärung, sondern in der Sache selbst. Was man dem einen der eben gedachten Versuche vorwirft, fällt auf den anderen zurück. Es ist ebenso fehlerhaft, das Unvereinbare vereinen zu wollen, als Zusammengehöriges zu zerreißen. Wir müssen in unserer Stelle den Punkt aufsuchen, an dem das Gesunde sich vom Kranken scheidet.

Das Gesetz steht im Titel: Ueber Vermächtnisse von

---

96) Gleichwohl ist er heute allgemein angenommen, z. B. von Vangerow, Leitf. §. 339. Anm. 1. Elvers, Servitutenlehre S. 201—2. Zachariä a. a. O. S. 44—47. Puchta, Pand. §. 180. not. d. u. s. w.

97) vgl. Schulting-Smallenburg, Zachariä a. a. O. S. 43. Janus a Costa ad h. l.

Alimenten. In seiner ganzen Umgebung lesen wir Nichts, als von Alimenten. Den Titel selbst eröffnet Ulpian mit der Bemerkung: In Gegenden, wo das Wasser käuflich sei, sei in dem Legate von Alimenten auch der Wasserbedarf des Legatars miteingeschlossen.

Das in Rede stehende, fideicommissarische Wasserrecht ist nun ebenfalls in einer Gegend hinterlassen, wo das Wasser verkäuflich ist, — und zwar nicht alleinstehend, sondern zugleich mit und neben Alimenten. Was schon stillschweigend in den Alimenten liegt, ist hier noch aus Vorsicht ausdrücklich angegeben. Wie kann man nun irgend zweifeln, daß der vermachte Wasserbezug einen Theil der Alimentenforderung bilde? Der Wasserbezug kommt hier als Lebensbedarf in Betracht. Was ist abstruser, ihn als Objekt einer Servitut aufzufassen? Ulpian bemerkt, daß am Orte des Fideicommisses das Wasser käuflich sei. Er denkt nicht an käufliche Wasserservituten.

Sehen wir genauer zu, so handelt es sich in unserer Stelle in erster Linie nicht darum, welchen Charakter der vermachte Anspruch habe, ob einen dinglichen oder obligatorischen? sondern, ob überhaupt das Legat wirksam sei, überhaupt einen Vortheil gewähre (emolumentum esse fideicommissi)?

Ulpian hätte nicht mit so großem Nachdruck betont, daß am Orte des Legates das Wasser ein Handelsartikel sei, wenn dies nicht die Basis seiner ganzen Entscheidung bilden sollte.

Wo das Wasser keinen Werth hat, ist auch das Legat werthlos. In Italien z. B. hatte man es umsonst, „aquam emere turpe est,“ sagt Seneca. Sollte in Italien ein Legat von Wasser überhaupt einen Werth haben, so müßte wenigstens eine Wasserservitut vermacht werden.

Berücksichtigt man nicht die lokalen Verhältnisse, käme z. B. ein römischer Jurist nach Afrika, so möchte er von seiner Anschauung aus sehr leicht dem in Rede stehenden Fideicommiß allen Werth absprechen. Als Forderung be-

trachtet, hätte es keinen Sinn, denn es fehlt das geldwerthe Interesse; als Prädialservitut keinen, denn der Legatar hat keinen benachbarten Besitz.

Vor einer so oberflächlichen Auffassung der Sache warnt nun aber Ulpian, indem er an einen Fall aus seiner Erfahrung erinnert, — und hiermit gewinnt auch die Rücksicht auf jenen Einwand gegen die Gültigkeit des Fideicommisses eine ganz natürliche Stellung.

Wie schließt sich nun hieran der folgende Theil der Stelle? Vorweg müssen wir sämmtliche Emendationsversuche als verfehlt zurückweisen. Lassen wir den Text unverändert.

Es wird darin lediglich der Satz erläutert: daß ohne ein benachbartes Besitzthum Niemand eine Prädialservitut haben könne. Allerdings finde öfter bei einer Prädialservitut eine persönliche Beziehung statt, aber dennoch sei ein praedium vicinum dabei unerläßlich. Im vorliegenden Falle, wo es an einem solchen fehle, könne daher von einer Prädialservitut keine Rede sein.

Es ist klar: diese Ausführung hat wenig mit dem Responsum Ulpian's zu thun. Dieses beschäftigt sich mit dem Werthe des Fideicommisses, nicht, wie weit die personale Beziehung bei Realservituten reicht. Vielmehr ist es schon mit den Worten „quasi — relicta“ vollständig abgeschlossen.

Jene ganze Ausführung erscheint als eine Anmerkung, eine Randglosse zu den Worten: quasi praedii servitute non possessori vicinae possessionis relicta.

Der Glossator sah, daß das fragliche Fideicommiß blos der Person ohne irgend ein Grundstück galt („haec enim aqua personae relinquitur“). Jene Worte veranlaßten ihn, zu untersuchen, ob nicht schon der bloßen Person eine Realservitut zustehen könne.

Hierbei fiel ihm lex 4. pecoris ein: „pecoris pascendi servitutes, item ad aquam appellendi praedii magis, quam personae sunt.“ Und das Erforderniß des benachbarten Besitzes rief eine Reminiscenz an l. 5. D. de servit., 8, 3.

hervor, wonach haustus und appulsus pecoris als Prädialservitut immer ein praedium vicinum verlange.

So setzte sich die ganze Bemerkung zusammen. Die Reflexion gab die Worte: haec enim aqua personae relinquitur. An die l. 4. cit. lehnt sich der Satz: Nam et aquae haustus, sicut pecoris ad aquam appulsus, est servitus personae; und aus der l. 5. cit. stammt der Satz: tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur.

Die ohne allen Sinn und Zweck aufgezählten Beispiele endlich lassen sich nur aus der Schreibseligkeit des Glossators erklären. Wenn außerdem verkehrterweise das jus gestandi als Realservitut auftritt, wenn nach griechischem Sprachgebrauche uti mit dem Dativ („areae tuae uti") construirt wird, sowie die Genitive: gestandi, premendi, utendi durch eine Ellipse des Wortes jus zu erklären sind (τὸ τοῦ χρῆσθαι) — so müssen gegen die Echtheit des zweiten Theiles unserer Stelle die erheblichsten Bedenken laut werden. Als Responsum Ulpian's kann nur der erste Theil gelten, welcher auch allein in der oratio indirecta vorgetragen wird. Jenes Glossem rührt vielleicht schon von den Compilatoren selbst her. Durch einen merkwürdigen Zufall fehlt gerade unser §. 3. in den Basiliken (XLIV. to. V. p. 779. Fabrot.), während die voraufgehenden Paragraphen uns erhalten sind.[98]

So steht auch diese Stelle mit den oben entwickelten Begriffen nicht im Widerspruche.

### VI. l. 1. §. 11—12. D. de aq. cot. et aest.

Ulpianus lib. 70. ad Ed.

§. 11. Illud quaeritur, utrum ea tantum aqua his interdictis contineatur, quae ad agrum irrigandum pertinet,

98) Das vermachte Wasserrecht hat schon Pothier, Pandect. Justin. II. lib. XXXIV. tit. 1. nr. III. not. h. p. 412. als Bestandtheil der Alimente (arg. l. 1. D. h. t. 34, 1.) aufgefaßt, wie auch schon Averanius, Interpret. juris, lib. V. c. 6. §. 4., die Echtheit der zweiten Hälfte unserer Stelle bezweifelte.

an vero omnis, etiam ea, quae ad usum quoque et commodum nostrum? Et hoc jure utimur, ut haec quoque contineatur. Propter quod etiam si in urbana praedia quis aquam ducere velit, hoc interdictum locum habere potest.

Auf diese Stelle hat man folgendes Raisonnement gestützt: Wenn ein Wasserrecht, das zum Nutzen und Vortheil von Menschen gereicht, überhaupt als Servitut möglich ist, wie doch §. 11. beweise, so ist es nur in Form eines Usus oder Usufruktus möglich. Allein schon als Prädialservitut kann ein Wasserrecht dem menschlichen Bedürfniß dienen, z. B. wenn es für ein städtisches Gebäude, oder bei einem Acker nicht gerade zum allernothdürftigsten Feldbau, sondern zur Annehmlichkeit des Besitzers u. dgl. ausgeübt wird.[99]

In ähnlicher Weise erblicken Manche[100] in §. 12. eine irreguläre Servitut: Praeterea Labeo scribit, et si quidam ductus aquarum non sit fundi, qui a quocunque duci possint, tamen ad hoc interdictum pertinere. Allein muß eine Wasserleitung nothwendig Personalservitut sein, wenn sie nicht Realservitut ist?

Noodt, Probabil. I. c. 3. nr. 7. in f. beruft sich auf den Zusammenhang: §. 11. handle von den Prädial-, §. 12. daher von den Personalservituten. Darf man überhaupt eine bestimmte Reihenfolge voraussetzen, so handeln die Römer von den Personalservituten vor, nicht nach den Prädialservituten. Geschieht daher in unserer Stelle der Personalservituten keine Erwähnung, so haben sie offenbar Nichts mit dem aquaeductus zu thun. Spricht §. 11. von Servituten, so muß folgerecht §. 12. von einem aquaeductus handeln, der nicht Servitut ist.

---

99) vgl. Noodt, Probabil. I. c. 2. nr. 5. c. 3. nr. 7. Puchta §. 183. not. c. Glück IX. §. 620. Nr. 5. S. 14., X. §. 659. Nr. VI. S. 5.

100) Mit Recht bemerkt Zachariä a. a. O. S. 17. und Anm. 15., daß diese Stelle für unsere Frage gleichgültig sei, wie auch von den Neueren sie nur von Thibaut, Pand. §. 606. berücksichtigt wird.

Cujacius emendirt die Worte: qui a quocunque in quia quocunque, und hält es für das entscheidende Merkmal einer Personalservitut, wenn das Wasser nach irgendwelchen beliebigen Punkten geleitet werden darf. Höchstens schließt dies die Annahme einer Grunddienstbarkeit aus, bedingt aber nicht die eines Usus oder Usus fruktus.

Vielmehr denkt Labeo hier an ein Wasserrecht, welches an einer öffentlichen Wasserleitung oder einem öffentlichen Flusse Statt findet. Die Worte qui a quocunque deuten offenbar auf ein Verhältniß hin, wo ein Jeder aus dem Volke eine Berechtigung zur Wasserleitung hat.[101] Die Worte ductus aquarum bedeuten übrigens nach strengem Sprachgebrauche nicht das Recht, sondern nur die Anstalt, die Wasserleitung selbst.[102]

Noch viel weniger, als die §§. 11. und 12. steht l. 1. D. de usu et usufructu leg., 33, 2. den oben entwickelten Grundsätzen über das Wesen des Usus und Usufruktus entgegen. Sie ist vielmehr eine unmittelbare Anerkennung derselben.

Es hatte Jemand einen Usus und Fruktus an Prädialservituten vermacht. Dies ist juristisch ein Unding. Paulus will aber auch den materiellen Gedanken des Erblassers realisiren. Dieser wollte offenbar dem Legatar für dessen Lebenszeit den faktischen Inhalt jener Servituten einräumen. Wenn irgendwo, ist hier die Theorie der irregulären Servituten am Platze. Die ausdrücklichen Worte: Usus und Usufruktus, sprechen dafür.

Wenn nun Paulus jenes Legat nur als Prädialservitut mit personaler Beziehung oder gar nur als Obligation ver-

---

101) s. Friedländer, unvordenkliche Zeit S. 66. Die Emendation des Cujacius würde darin Nichts ändern.

102) s. Friedländer a. a. O. S. 63. Zachariä a. a. O. S. 17. Cic. de legibus: „ductus vero aquarum, quos isti nilos et euripos vocant, quis non irriserit?“

wirklichen kann, so kommt dies einer vollen Negation der irregulären Servituten gleich.

Jenes Problem also, welches wir oben als den Ausgangspunkt unserer Streitfrage bezeichneten, kann sich nur auf indirektem Wege realisiren: nur als Modifikation von Prädialservituten.

Durch Nebenberedungen und Exceptionen können letztere sowohl der Dauer als dem Umfange nach den Personalservituten angenähert werden. In dieser Hinsicht sagt Afrikan in l. 33. §. 1. D. de servit. praed. rust. „Per plurium praedia aquam ducis quoquo modo imposita servitute, nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est, neque eorum cuivis neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere.“ Labeo's Versuch, schon ipso jure mit den Prädialservituten das Recht der Veräußerung verknüpft sein zu lassen, ist allgemein aufgegeben worden. Von ihm heißt es nämlich in l. 24. D. de servit. praed. rust.: „Ex meo aquaeductu Labeo scribit, cuilibet posse me vicino commodare.“ cfr. l. 1. §. 16. D. de aq. cot., 43, 20. Noodt, Probabil. I. c. 3.

Hiermit sind wir aber auch bei der äußersten Gränze angekommen, bis zu der sich die Rücksicht auf jenes Problem erstrecken darf. Zu diesem Resultate führt uns ebenso die Exegese, als der Geist der römischen Personalservituten.

## Zweiter Abschnitt.

# Die sogenannten irregulären Prädialservituten.

### Einleitung.

Der zweideutige Ausdruck: irreguläre Prädialservitut geht auf den Fall, wo eine Gerechtsame ausnahmsweise der einen Klasse der Prädialservituten beizuzählen ist, obwohl sie gewöhnlich zu der andern gehört, z. B. wenn ein Recht als Stadtservitut vorkommt, das meistens Rusticalservitut ist.[103] Die nächste Frage ist nun die, ob dieser Fall möglich? Hiervon in §. 1. Ferner weichen die Rustical- von den Stadtservituten in manchen Punkten ihrer Theorie von einander ab, und daher ist zu untersuchen, ob die irreguläre Servitut die Verschiedenheit ihrer eigentlichen Klasse beibehalte, oder mit andern Worten: Sind die Unterschiede der servitutes urbanae und rusticae immanent? Dies in §. 2—3.

### §. 1.
### Möglichkeit der sogenannten irregulären Prädialservituten.

Das Haupterforderniß der Prädialservituten bezüglich ihres Inhaltes ist: daß sie dem herrschenden Grundstücke

103) So bestimmt den Begriff: Thibaut, Pand. §. 606. Löhr, Magazin III. S. 495—497. Hofacker, Princip. juris civ. §. 1084. Puchta, Pand. §. 183. g.

Nutzen gewähren. Jede Gerechtsame, die diesem Erforderniſſe genügt, ist als Realservitut zuläſſig, gleichviel, ob sie sonst der andern Klaſſe von Grunddienstbarkeiten angehört oder nicht. Unter derselben Voraussetzung sind also auch irreguläre Servituten möglich. Dies ist die rechtliche Seite der Frage. Eine reine quaestio facti ist es, wenn Puchta §. 183. Note g. behauptet: im Wesentlichen könne zwar eine und dieselbe Gerechtsame einem städtischen, wie einem ländlichen Grundstücke zustehen; daneben habe sie jedoch nothwendig einen verschiedenen Charakter je nach dem Bedürfniß der herrschenden Sache. Dies ist erstens nicht überall wahr; ein Weg oder ein Zugang z. B. kann in beiden Fällen genau denselben Charakter bewahren. Sodann wären jene Verschiedenheiten ganz untergeordneter Art; man müßte sich in's Kleinliche verlieren, wenn man sie beachten wollte. Schon zwischen zwei städtischen Grundstücken existirt keine Uniform der Bedürfniſſe.[104]

Als Beispiel irregulärer Grunddienstbarkeiten kommt bei einem städtischen Grundstück vor der iter und actus in l. 20. §. 1. D. de serv. praed. urb. 8, 2. cfr. l. 1. §. 1. D. de itinere, 43, 19. l. 41. D. cit. 8, 2. l. 7. §. 1. l. 14. D. Comm. praed. 8, 4. der aquaeductus in l. 1. §. 11. D. de aq. cot. 43, 20. l. 11. §. 1. D. de Public. 6, 2.

Umgekehrt findet sich — wenigstens den Worten nach — in l. 2. pr. D. de serv. praed. rust. 8, 3. ein jus altius tollendi und Aehnliches als Rusticalservitut. Der Sache nach haben wir es hier vielleicht mit wahren Stadtservituten zu thun. Denn entweder denkt Neratius an ein künftiges

---

104) An Puchta schließt sich an Zachariä, Unterscheidung zwischen servit. rust. und urbanae S. 96—97. — Unbedingt erkennen irreguläre Prädialservituten an: Donellus, Comm. XI. c. 8. Thibaut, Pand. §. 606. Hofacker §. 1084. Schweppe, Röm. Privatr. §. 288. Hoffmann, Servit. I. §. 59. Arndts, Pand. §. 184. Keller, Pandektenvorles. §. 174. Nr. 1.

oder an ein auf dem Landgute befindliches Gebäude.[105] Dann aber sind es servitutes urbanae, l. 1. D. comm. praed. 8, 4. cfr. §. 1. Inst. de servit. II, 4.

## §. 2.

## Sind die Verschiedenheiten der servitutes urbanae und rusticae immanent?

Die sog. irregulären Realservituten bleiben ihrem Gehalt und Wesen nach unverändert. Sie wechseln nur ihr Subjekt, nicht ihre Natur. Es ist offenbar: Beruhen die Unterschiede der Grunddienstbarkeiten auf dem Inhalt, so kann die Veränderung im Subjekt keinen Einfluß auf sie äußern; folgen sie hingegen aus dem Subjekt, so ist dieses das einzig Entscheidende, und muß die Rücksicht auf den Inhalt gänzlich zurücktreten. Ob das Eine oder das Andere der Fall, läßt sich lediglich nur aus dem Grunde der einzelnen Unterschiede beantworten.

Erörtern wir aber zuvor, welches der Inhalt der Servituten ist, die gewöhnlich einem städtischen, und der Inhalt derjenigen, die gewöhnlich einem ländlichen Grundstücke zustehen.

I. Die (gewöhnlich) städtischen Servituten stellen sich ihrer äußern Erscheinung und ihrem Inhalt nach als eine Qualität, ein integrirender Bestandtheil, gleichsam als eine Farbe des herrschenden Grundstückes dar. Sie erzeugen einen dauernden, bleibenden Effekt, eine sichtbare Eigenschaft an der berechtigten Sache. Dieser Effekt, diese Eigenschaft ist ihre Ausübung, ihre Wirksamkeit. Beim jus tigni immittendi ist es der Zustand, wo der Balken in die fremde Sache eingelegt ist; das herrschende Gebäude erscheint hier erweitert, es hat gewissermaßen einen neuen Theil erhalten. Bei dem

---

105) Für die erste Alternative entscheidet sich Puchta, Institut. §. 253. Note h., für die zweite Donellus, Comm. XI. c. 4. Cujacius, Comm. ad l. 189. D. de V. S. 50, 16. Glück IX. S. 28.

jus altius tollendi ist es das Gebäude in seiner Erhöhung, welches die Ausübung des Rechtes involvirt. Nicht der bloße Akt des altius tollere, nicht das bloße tignum immittere, sondern das aedes altius sublatas habere, das tignum immissum tenere, dieser Zustand, diese Qualität des Gebäudes ist die Ausübung, jenes ist nur Vorbereitung von dieser. Dasselbe gilt vom jus stillicidii, projiciendi, protegendi u. s. w. Eine besondere Beachtung verdient noch das jus non extollendi.

Zu einem Hause gehört nicht blos der Grund und Boden, sondern auch der Himmel über ihm. Eine der wesentlichsten Pflichten des Fruktuars bildet es: ne coelum fundi corrumpat, d. h. nicht den Horizont des Grundstücks zu verkleinern. l. 13. §. 6. D. de usufr. 7, 1.

Das betreffende Stück Himmel gehört also zur Substanz des Grundstücks, denn nur auf diese erstreckt sich die Pflicht des Fruktuars zur Schonung. Ebenso heißt es bei widerrechtlichen Neuerungen: man müsse nicht blos den Grund und Boden, sondern auch den Himmel nachmessen „in opere novo tam soli, quam coeli mensura facienda est l. 21. §. 2. D. quod vi aut clam, 43, 24. Ebenso: „sepulcri est non solum is locus, qui recipit humationem, sed omne etiam supra id coelum," der Himmel ist ein Theil des Grabmals, l. 22. §. 4. D. eod. cfr. l. 1. pr. D. de serv. praed. urb. 8, 2.

Das jus altius non tollendi bewirkt also, daß dem Grundstück einer seiner Theile, der Horizont, oder, um es anders auszudrücken, seine bisherige Lichtstärke ungeschmälert verbleibt. Durch die Servitut bleibt also das Haus hell, trocken u. s. w.

II. Ganz anders bei den (gewöhnlich) rusticalen Servituten. Die Ausübung derselben hinterläßt keine dauernde Spuren, bewirkt keine körperliche Qualität, keinen Zustand der Sache; sie besteht vielmehr in einer Reihe getrennter

Handlungen des Berechtigten.[106] Die Beschaffenheit der herrschenden Sache ist sinnlich wahrnehmbar. Ausübungshandlungen, z. B. das Gehen, das Fahren u. s. w., existiren dagegen nur in der Vorstellung, nicht im Raume.

So differiren die Realservituten nicht nur dem Namen, sondern auch dem Inhalt nach.

## §. 3.

## Die einzelnen Verschiedenheiten in der Theorie der Prädialservituten.

I. Besitz und Interdikte. Die städtischen Servituten haben nicht, wie die rustikalen, einen selbständigen Besitz, sondern werden in und mit der herrschenden Sache besessen. Die Verletzung ihres Besitzes ist eine Besitzverletzung des Grundstücks selbst; sie haben daher keine eigenen Interdikte, wie die Rusticalservituten, sondern werden als eine Modifikation des Sachbesitzes nur durch das Interdiktum uti possidetis aufrecht erhalten. Diese Eigenthümlichkeit folgt nothwendig aus ihrem Inhalte, ist daher von diesem unzertrennlich; sollte auch die betreffende Servitut einem Rustical-Grundstück zustehen, so hat sie doch keinen selbständigen Besitz. Umgekehrt kann z. B. der Besitz eines Wegerechtes sich nie als modifizirter Sachbesitz darstellen, nie durch ein Interdictum uti possidetis geltend gemacht werden, — selbst wenn es einem städtischen Grundstück eingeräumt ist. Soll es überhaupt einen Besitzschutz haben, was nicht nothwendig ist, so müßte es sein besonderes Interdikt

106) Zachariä a. a. O. S. 5. wendet ein, daß ein Aquädukt mitunter, z. B. wegen seiner Anstalten, einen dauernden Besitz haben könne. Allein die Ausübung des aquae ductus beruht nicht in der Vorrichtung, sondern im Akte des ducere selbst. Umgekehrt ist bei einem jus tigni immittendi nicht der Akt des immittere, sondern die Vorrichtung das Wesentliche. Wie hier der Akt die Vorrichtung, bereitet dort die Vorrichtung den Akt vor. Vgl. Elvers a. a. O. S. 369.

beibehalten. So verliert ein Wasserrecht nicht sein Interdikt, wenn es auch städtische Servitut wird, l. 11. §. 1. D. de aqua cotid. 43, 20., während der iter, actus und via kraft positiver Bestimmung als Stadtservituten ohne ihr früheres Interdikt gelassen werden, l. 1. §. 1. D. de itinere actuque, 43, 19.[107]

II. Die Rusticalservituten gehen non utendo, die Stadtservituten durch libertatis usucapio unter.[108]

Die usucapio libertatis ist Nichts, als die gewöhnliche Usucapion körperlicher Sachen in besonderer Anwendung. Es wird, wie sonst, das Grundstück usucapirt, aber nicht blos das Grundstück schlechthin, sondern das Grundstück in einer gewissen Qualität, die eben seine Freiheit ausmacht. Eine solche Usucapion ist aber nur gegenüber den (gewöhnlich) städtischen Servituten möglich.[109] Wie die Dienstbarkeit eine Qualität des herrschenden, so bewirkt jetzt die Freiheit eine Qualität des dienenden Grundstücks. Die Freiheit von einer Rusticalservitut, z. B. von einem Wegerecht, kann sich nie in einer körperlichen Eigenschaft der dienenden Sache darstellen.

Die Usucapion der Freiheit hängt also auf das Engste mit dem Inhalte der Servituten zusammen, sie wird daher z. B. gegen ein jus altius non tollendi selbst dann Statt finden können, wenn dieses einem praedium rusticum zusteht; umgekehrt ist sie undenkbar bei einem Wegerecht, wenn dies auch einem städtischen Grundstück bestellt ist.

---

107) Vgl. überhaupt v. Savigny, Besitz §. 46. Puchta, Institut. II. S. 571., Pandekten §. 139. Note g. Rudorff, Zeitschr. f. gesch. Rechtswissenschaft XI. S. 348—353. A. M. v. Vangerow, Leitf. I. §. 355.

108) Zachariä a. a. O. S. 58. bezweifelt diesen Unterschied, ihn widerlegt hinreichend Puchta, Vorles. §. 190., Institut. II, 787 f. Rudorff a. a. O. S. 327.

109) Vgl. Puchta, Institutionen II. S. 787. Rudorff a. a. O. S. 327. Elvers, Servitut. S. 360. 362. l. 6. D. de servit. praed. urb. 8, 2. l. 6. §. 1. D. si servit. vindic. 8, 5.

Es ist ein allgemeiner Grundsatz: Rechte werden durch entgegengesetzte Thatsachen aufgehoben. Die städtischen Servituten äußern sich in einer körperlichen Erscheinung, ihr faktischer Gegensatz ist daher nothwendig wieder etwas Körperliches. Die Rusticalservituten sind intellektuell, ihr Gegensatz somit wieder ein intellektuelles Faktum. Es ist daher unrichtig, wenn Elvers a. a. O. S. 369. behauptet: ein Wegerecht könne durch usucapio libertatis erlöschen, z. B. wenn der Eigenthümer sein belastetes Grundstück rings mit einer Mauer umgäbe, und so dem Servitutberechtigten den Weg versperrte. Das Wesentliche ist vielmehr, daß die Ausübungshandlungen der Servitut unterbleiben, hierin liegt die Freiheit der Sache. Die Qualität, die sie durch die Mauer empfängt, ist gleichgültig. Die Mauer kann höchstens das non uti vorbereiten, ähnlich, wie die Vorrichtung des Aquädukt das ducere, das tignum immittere den Zustand des immissum habere bedingt.

Die Freiheit der Sache übrigens ist bei einer Rusticalservitut schon mit dem non uti gegeben, denn die Ausübung liegt hier in einzelnen vorübergehenden Akten, und steht und fällt mit diesen. Bei einer Stadtservitut dagegen ist die Unfreiheit eine dauernde, körperliche Qualität, die Sache gelangt hier nicht von selbst zur Freiheit. Es muß erst eine entgegengesetzte, aufhebende Qualität geschaffen werden.

III. In naher Verbindung endlich mit den Besitzverhältnissen der Servituten steht die Verpfändung derselben.

Wir werden diese schwierige Frage zuerst nur soweit behandeln, als zu unserm gegenwärtigen Zwecke unumgänglich nothwendig ist.

Vorerst steht nach dem unzweifelhaften Zeugniß der Quellen fest: servitutes rusticae können verpfändet werden, servitutes urbanae nicht. „Jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt, igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint,“ sagt l. 11. §. 3. D. de pignoribus et hypoth. 20, 1. und l. 12. pr. D. eod. fährt fort: „Sed an

viae, itineris, actus, aquaeductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, .... quae sententia admittenda est.“

Man konnte diesen Unterschied nicht erklären, darum leugnete man ihn.[110]

Worin das Wesen einer solchen Verpfändung bestehe, darüber gehen die Ansichten weit auseinander. Uns kommt es nur auf einen Punkt an, und dieser ist unbestritten: Bis zur Fälligkeit der Forderung hat der Gläubiger den Besitz der verpfändeten Servitut. Wird die Schuld am festgesetzten Termine nicht bezahlt, so übt er sein Pfandrecht aus, und muß hierbei nothwendig den Besitz an einen dritten Käufer übertragen. Es ist gleichgültig, ob das Recht der Servitut oder die Ausübung den Gegenstand des Pfandrechts bilde, und im ersteren Falle — ob die Servitut schon von vornherein, d. h. schon bei der Verpfändung selbst, oder erst hernach, d. h. bei dem Verkaufe an den Dritten bestellt wird. Ebenso macht es Nichts aus, ob es sich um ein Faustpfand oder eine Hypothek handelt. Denn in allen diesen Fällen muß unbedingt eine Besitzübertragung des Gläubigers an den Käufer Statt finden.[111] Das Wesen des Pfandrechts ist Verkaufsrecht; was nicht verkauft werden kann, kann nicht verpfändet werden; es ist aber kein Kauf, wo keine Besitzübertragung möglich.[112]

Warum aber findet bei Rusticalservituten eine Verpfändung Statt, bei Stadtservituten nicht? Accursius weiß einen

110) Ueber die älteren Ansichten, welche hier aufzuzählen völlig müßig sein würde, s. Zachariä a. a. O. S. 32. 45—51. Ueber dessen eigene Ansicht vgl. die treffliche Kritik Rudorff's in Richter und Schneider, Jahrbücher XV. S. 322. f.

111) Ueber Besitzübertragung bei Servituten s. l. 20. D. de servit. 8, 1.

112) Dies ist der Sinn der l. 9. §. 1. D. de pignor. et hypoth. 20, 1.: Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere potest.

ästhetischen Grund: Die Stadt würde verunstaltet, wenn man eine Verpfändung der Gebäudeservituten erlaubte! Cujacius verwirft eine solche Verpfändung als unpraktisch (Observ. XV, 6.), Roßhirt, weil servitutes urbanae nec mancipi seien. Mühlenbruch ist am ehrlichsten und gesteht seine Verlegenheit. Andere wollen in l. 11. §. 3. das Wort urbanorum „als Einschiebsel der Compilatoren" streichen, und behaupten allgemein die Verpfändbarkeit sämmtlicher Grunddienstbarkeiten.[113]

Erst Rudorff hat die Frage auf ihren juristischen Boden verpflanzt, indem er den Grund in den Besitzverhältnissen der Servituten suchte.[114]

Und in der That: die Rusticalservituten sind verpfändbar, weil sie allein einen eigenen, selbständigen Besitz haben, mithin auch nur bei ihnen eine Besitzübertragung möglich wird, wie sie der Begriff alles Pfandrechtes erfordert. Die Stadtservituten hingegen könnten nur mit dem dienenden Grundstück selbst verpfändet werden; sie sind ohne selbständigen Besitz, daher unverpfändbar.

Dieser Grund ergiebt sich auch unzweideutig aus l. 11. §. 3. cit.: jura urbanorum praediorum pignori dari non possunt, igitur nec hypothecae. Zwischen Faustpfand und Hypothek findet sich kein anderer Unterschied, als im Besitz. In allen übrigen Stücken stehen sie gleich. Es heißt nun in l. 11.: An den Stadtservituten ist kein Faustpfand möglich, daher auch keine Hypothek. Läge der Grund hiervon in dem Gemeinsamen beider, so könnte man mit demselben Rechte umgekehrt sagen: An den Stadtservituten ist keine Hypothek, daher auch kein Faustpfand möglich.

Der Grund muß also wohl in dem Unterschiede beider

---

113) z. B. Charondas, Verisimil. I. c. 5. §. 7. (Otto I. p. 698.) Galvanus, de usufr. c. 39. §. 10. v. d. Pfordten, Arch. XXII. S. 26. v. Keller, Becker und Muther, Jahrb. II. Nr. 4. (1858.) a. E. Zachariä v. Lingenthal a. a. O. S. 52. (theilweis).

114) Rudorff a. a. O. S. 322.

Pfandformen liegen, d. h. in dem Besitze. Das Faustpfand verlangt schon von vornherein den Besitz, während die Hypothek erst später dazu führt. Jenes ist gewissermaßen der Vorbote von dieser. Ist das Faustpfand unmöglich, so ist es auch die Hypothek.

In gänzlichem Widerspruch mit unserer Auffassung stehen die Resultate, welche Keller aus l. 12. D. cit. zieht.[115] Bei der Servitutenverpfändung handle es sich, behauptet er, gar nicht um Verkauf und Besitzübertragung an einen Dritten; das ganze Rechtsverhältniß habe nur zwei Personen: den Schuldner und den Gläubiger. Dieser sei zugleich der Käufer; hat er ein benachbartes Grundstück, so könnten ihm sogar Stadtservituten verpfändet werden.

Dieser Gedanke ist originell, — aber er widerstreitet dem einfachen Sinn des Gesetzes.

Die l. 12. lautet im Wesentlichen: videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur, scilicet si vicinum fundum habeat, et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat. Quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.

Keller erblickt hierin zwei verschiedene Geschäftsformen. Die eine sei in den Worten: „ut quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur" enthalten, d. h. dem Gläubiger wird bis zur Abzahlung der Schuld, also unter Resolutivbedingung, die quasi-possessio der Servitut gestattet, und dies sei die eine Art der Verpfändung. Die andere sei die, daß schon bei Eingehung der Schuld die Servitut dem Gläubiger verkauft wird, jedoch unter der Suspensiv-Bedingung der Nichtzahlung, und dies bedeuteten die Worte: si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino (sc. creditori) liceat.

Die Stelle spricht nur von einem einzigen Geschäft, wie

115) in Becker und Muther, Jahrbücher II. Nr. 4. (1858.).

dies schon die Worte „ut talis pactio fiat" andeuten. Wir haben es hier mit einem ganz gewöhnlichen Pfandformular zu thun, wie es sich häufig im Rechtsverkehr der Römer findet. Einfach, wie es ist, ist es auch einfach zu verstehen. So heißt es z. B. in der cst. 4. C. de pign. act. 4, 24:

Pactum vulgare, quod proposuistis, ut, si intra certum tempus pecunia soluta non fuisset, praedia pignori vel hypothecae data vendere liceret, non adimit debitori adversus creditorem pigneraticiam actionem. Die Einräumung des Verkaufsrechtes kehrt hier wieder, wie in l. 12.

Die Worte: praedia pignori data gehen auf die Ueberlassung des Pfandbesitzes; ausführlicher und im Formular mag es geheißen haben: „ut quamdiu pecunia soluta non sit," oder „donec pecunia solvatur, praediis creditor utatur" — ganz entsprechend dem ersten Theile der pactio in unserer Stelle.

Hinsichlich der Verkaufsbefugniß ist noch beachtenswerth Gaj. Comm. II. §. 64.: debitor olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur.

Hierzu bemerkt Theophilus: *Ἀλλὰ πάλαι μὲν οἱ κρεδίτωρες εἶχον τύπον τινά, καθ᾽ ὅν ἐπετέτραπτο αὐτοῖς πιπράσκειν τὰς ὑποθήκας κ. τ. λ.*

Die Worte „vendere creditori liceat" bedeuten also durchgängig die Verkaufsbefugniß des Pfandgläubigers. Wenn Paulus in l. 12. näher auf den Faustpfandbesitz eingeht, so ist dies erklärlich, weil es sich nicht um einen gewöhnlichen Sachbesitz, sondern einen Servitutenbesitz handelt („ut servitutibus utatur").

Die zweite Geschäftsform, die Keller aufstellt, würde außerdem etwas Widersinniges enthalten, indem sie dem Schuldner eine Befugniß, seine eigene Sache zu verkaufen, einräumt! („liceat vendere creditori," d. h. Schuldner kann eine ländliche Servitut dem Gläubiger (vicino) jetzt schon

verkaufen). Wozu bedarf es da noch eines besonderen Paktums? Keller selbst läßt es ja „natürlich gar keinem Bedenken unterliegen, daß Prädialservituten verkauft und gekauft werden können, l. pen. §. 1. D. de C. E., l. 3. §. 2., l. 6. §. 5. D. de A. E. V.“

Ferner wie können die Worte „si intra certum diem pecunia soluta non sit, vendere liceat“ als Suspensiv-Bedingung eines bereits abgeschlossenen Kaufes gelten? Vielmehr sind sie die Bedingung einer Verkaufsermächtigung.

Ganz anders ist die Bedingung in l. fin. D. de C. E., auf die sich Keller bezieht: „si id debitum solverit fidejussor creditori, jussit praedia empta esse, quae creditoribus obligaverat. Hier ist ein wirklicher Kauf geschlossen; sollte in l. 12. ein Gleiches der Fall sein, so müßte es heißen „ut emptae eae servitutes creditori sint,“ nicht aber „ut vendere debitori liceat.“

Auch sieht sich Keller zu der Consequenz genöthigt, die städtischen Servituten für verpfändbar zu erklären, und demgemäß die l. 11. §. 2. zu corrigiren.

Unsere Stelle soll ferner ein Ausnahmerecht statuiren „propter contrahentium utilitatem.“ Jene beiden Geschäftsformen würden aber mit den sonstigen Rechtsprinzipien völlig übereinstimmen.

Schließlich hält es Keller für unpraktisch, ja fast unmöglich, einem dritten Käufer den Besitz der verpfändeten Servitut zu übertragen, indem wohl schwerlich z. B. ein und dasselbe Wegerecht zuerst für das Grundstück des Gläubigers, hernach für das des Käufers ohne Veränderung der bisherigen Richtung und Lage ausgeübt werden könne.

Man nehme aber nur den einfachen Fall, wo das dienende Grundstück zwischen zwei Chausseen liegt, der Weg diese beiden verbindet, und jenseits der einen die Grundstücke des Gläubigers und des Käufers liegen. Bei den vielen Vicinalwegen, die eine römische Feldmark durchkreuzten, mußte dies sogar ein sehr häufiges Verhältniß sein.

Die Möglichkeit einer Verpfändung der Rusticalservituten möchte sonach erwiesen sein.

Nur in einem losen Zusammenhange mit unserer Frage steht die nach dem Wesen dieser Verpfändung. Wir haben auf dieselbe jedoch zur Ergänzung des Obigen einzugehen.

Der letzte Erfolg alles Pfandrechts für den Verpfänder ist der Verlust, die Aufopferung der Sache für die Schuld, oder mit andern Worten: Was der Pfandgläubiger bei Ausübung seines Rechtes auf den dritten Käufer überträgt, bildet den eigentlichen Gegenstand und Inhalt der Verpfändung.

Der Käufer aber erhält das habere licere, d. h. die volle (zunächst) faktische Verfügung, die ganze Summe der in der Sache liegenden Vortheile.[116]

Das habere ergreift die Totalität.

Der Gegensatz dazu ist die einzelne Nutzung: das rein faktische Gehen, Fahren, Treiben u. s. w., der iter, actus, via, aquaeductus im natürlichen Sinne.

Ist nun die Gesammtheit Gegenstand der Verpfändung, warum soll es nicht die einzelne Nutzung sein? Ist das habere zulässig, warum nicht das ire, agere? Der Eigenthümer kann ebensogut einzelne Vortheile, als die Sache selbst zur Verpfändung stellen. Das bonitarische Recht, das Eigenthum des Schuldners ist in dem einen, wie dem andern Falle der Rechtsgrund der Verpfändung. Auch liegt es in der Natur der Sache, eine Verpfändung zuzulassen, wo ein selbständiger Sachvortheil vorhanden ist und ein Verkauf, eine Uebertragung auf dritte Personen, wie bei dem Inhalt der Rusticalservituten, Statt finden kann.[117]

Von einem wirklichen Rechte der Servitut ist also bei der hier aufgestellten Art und Weise der Verpfändung nirgends

116) l. 11. §. 2. D. de A. E. 19, 1. — „et in primis (i. e. principaliter) ipsam rem praestare venditorem oportet, id est, tradere."

117) cfr. l. pen. §. 1. D. de C. E. 18, 1., l. 3. §. 2., l. 6. §. 5. D. de A. E. V. 19, 1., l. 20. D. de servit. 8, 1. Diese Stellen reden offenbar nur von servitutenartigen Vortheilen.

die Rede, ebensowenig, als es sich bei der gewöhnlichen Verpfändung um das Recht des Eigenthums dreht. Der dritte Käufer hat in beiden Fällen nur die actio ex empto, den obligatorischen Anspruch aus dem Kaufe. Der Gegenstand, der einzelne, servitutenartige Vortheil existirt schon bei Eingehung der Verpfändung, er wird unverändert vom Gläubiger als Faustpfand ausgeübt, und geht schließlich unverändert auf den dritten Käufer über. Objekt der Servitutenverpfändung ist also durchweg: die servitus materialis, nicht die servitus formalis.

Nach Vorstehendem ist die Servitutenverpfändung so wenig ein neuer und besonderer Gedanke, daß sie vielmehr lediglich als eine Nachbildung der gewöhnlichen Sachverpfändung erscheint, und darin möchte ein nicht unerheblicher Grund liegen, daß die obige Auffassung die quellenmäßige sei. Das Wort servitus aber, und im Einzelnen die Bezeichnungen: iter, actus, via, aquaeductus werden, wie bereits oben S. 56—57. dargethan, in den Quellen öfters ohne alle Rücksicht auf eine wirklich bestellte Servitut für blos servitutenartige Vortheile gebraucht.

Wir hatten bisher nur die Rusticalservituten im Auge. Obiges gilt aber auch für die Verpfändung des Nießbrauchs, wo ebenfalls nicht das Recht selbst, sondern nur der materielle Gehalt, der bloße Fruchtertrag in Frage kommt. Dies erhellt deutlich aus l. 11. §. 2. D. de pignoribus et hypothecis, 20, 1. Hier wird das Wort Usufruktus, wie so oft, im natürlichen Sinne genommen. Der Usus endlich ist unverpfändbar, eben weil er durch die Verpfändbarkeit zum Usufruktus werden würde.

Zum Schutz des Servitutenpfandrechts dient die Serviana mit der durch das veränderte Objekt gebotenen Modifikation. Hierfür spricht die Verbindung unserer l. 12. mit der d. l. 11., welche aus Marcian's liber singularis ad formulam hypothecariam stammt. Es war nicht die Sache selbst, sondern blos das iter, die via verpfändet, diese konnten

daher auch nur in der Intentio erwähnt werden. Ebenso war die Condemnatio auf das ire, agere pati, nicht mehr auf die Restitution der Sache zu richten. Das Fundament des Pfandrechts hingegen war nach wie vor das bonitarische Recht des Schuldners. Die Pfandformel mag daher so gelautet haben:

Si paret, iter agri Semproniani q. d. a. ob pecuniam promissam A°. A°. pignori datum eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse, neque per Am. Am. stare, quominus solvatur satisve fiat, eumque agrum eo tempore, quo convenit de pignore, in bonis debitoris fuisse, nisi arbitrio judicis Ns. Ns. aut Am. Am. ire patiatur, aut ei pecuniam solvat, quanti ea res est, Nm. Nm. A°. A°. condemna. Si non paret, absolve.

Eines praedium vicinum bedarf es zum Pfandrecht nicht; der Gläubiger wird nur öfter thatsächlich nicht die verpfändete Nutzung selbst ausüben können, wenn er kein benachbartes Grundstück hat. Vgl. Elvers a. a. O. S. 341.

Bei der eigentlichen Pfandklage war die Condemnatio ebenso, wie bei der Vindikation, auf die ganze Sache gerichtet, denn es handelte sich hier um die Gesammtheit aller ihrer Vortheile. Bei der Servitutenverpfändung hingegen, als dem partiellen Pfandrechte, muß ganz analog und nothwendig die Condemnatio auf die einzelne Nutzung gehen, wie dies bei der partiellen Vindikation, der Negatoria, Statt findet.[118]

Man ließ die Servitutenverpfändung zu, weil sich ein praktisches Bedürfniß geltend gemacht hatte, obwohl derartige Pfandgeschäfte immer nur im Kreise von Nachbarn ge-

---

118) In der angegebenen Art hat schon Elvers a. a. O. S. 338 bis 339. die Serviana auf die Servitutenverpfändung angewendet. Freilich mit seiner Ansicht, daß eine wirkliche Servitut verpfändet werde, ist jenes unvereinbar. Es ist in der That widersinnig, daß Jemand mit der Negatoria die Ausübung einer wahren Servitut beanspruchen soll. Unsere Ansicht dagegen führt nothwendig dahin.

schlossen werden konnten, da selbst blos materielle Servitutenvortheile nicht beliebig an irgendwelche dritte Personen übertragbar sind, und nicht unbedingt, wie die Sache selbst, den Charakter des Absoluten haben. Die einzelne Nutzung an fremden Sachen hat immer etwas Relatives, existirt nur für eine beschränkte Anzahl von Grundstücken.

Auf diesen Umstand scheint die in der Schlußbemerkung der l. 12. cit. („quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est“) angedeutete Anomalie zu gehen. Keineswegs aber konnte man mit der Gestattung der Servitutverpfändung einen Bruch allgemein feststehender Prinzipien des Servitutenrechtes beabsichtigen.

Die Ansichten endlich, die man sonst über das Servitutenpfandrecht aufgestellt hat, stoßen auf mehr oder weniger Schwierigkeiten.[119]

Sehr verbreitet ist die Meinung,[120] daß der Pfandgläubiger im Falle der Nichtbefriedigung dem Käufer eine wirkliche Prädialservitut kraft der in seinem Rechte enthaltenen Vollmacht bestellt, und daß somit das Pfandobjekt erst hier im Moment der Veräußerung entstände.

Allein man würde hier ein Pfandrecht haben ohne Gegenstand. Es würde dem Gläubiger eine Sache verpfändet, die noch gar nicht existirt, deren Umfang völlig im Unklaren gelassen ist und erst nachträglich bestimmter fixirt wird. Es wäre ferner ein Pfandrecht, das erlischt in demselben Augenblicke, wo es seinen Inhalt empfängt, d. h. im Moment der Veräußerung an den Dritten.

So lange also das Pfandrecht existirt, fehlt der Inhalt, und sowie der Inhalt entsteht, fehlt das Pfandrecht.

Ganz anders verhält es sich bei der Verpfändung von res futurae; hier ist nur der Anfang des Pfandrechtes bis

---

119) Vgl. im Allgemeinen v. Keller a. a. O.

120) S. z. B. Büchel, Civilrechtl. Erörter. I. S. 365. Sintenis, Pfandr. S. 121.

zur Existenz der Sache hinausgerückt, es hat aber alsdann ein wirkliches Dasein, wie bei allen andern Sachen, während es bei jener Servitutenverpfändung sich niemals mit seinem Inhalt trifft.

Daran ändert sich Nichts, wenn man auch den Inhalt der künftigen Servitut zuerst noch ohne bestimmte Fixirung faktisch aussondert, und als quasi-possessio dem Gläubiger vorläufig zuschreibt. Das Pfandobjekt existirt hier ebensowenig, wie dort. Zudem richtet sich der Umfang der Realservituten nach dem Bedürfniß des herrschenden Grundstücks. So verschieden, wie die Grundstücke des Gläubigers und des Pfandkäufers, wäre die künftige Servitut und der inzwischen ausgeübte Besitz.

Diese Schwierigkeit wird auch nicht vermieden, wenn man annimmt,[121] daß dem Gläubiger selbst im Moment der Verpfändung eine förmliche Servitut bestellt würde, welche er — mit Hinwegsetzung über die Unveräußerlichkeit der Servituten — dann später an einen Dritten zu verkaufen befugt wäre. Die Verschiedenheit der beiderseitigen Grundstücke würde hier wieder die Continuität und Identität des dem Gläubiger zustehenden und des auf den Käufer übergehenden Rechtes vereiteln. Abgesehen davon, wäre es willkürlich, die Unveräußerlichkeit der Servituten cessiren zu lassen.

Man hat schließlich noch folgenden Ausweg gesucht. Man giebt zu: Was nicht existirt, kann nicht verpfändet werden, und was verschieden ist, ist nicht identisch. Die Servitut entstehe erst bei der Veräußerung an den Pfandkäufer. Da sie aber nicht bei der Verpfändung existire, so müsse sie als bei dieser existirend fingirt werden.[122] Allein ergiebt sich hieraus ein Pfandrecht? Vielmehr wird der Servi-

---

121) s. z. B. Glück XIX. S. 209. Hepp, Arch. f. civil. Prax. XIII. S. 349. Gesterding, Pfandr. 2. Aufl. S. 67 ff.

122) s. Elvers a. a. O. 327—328. 337.

tutbesitz des Pfandkäufers auf den Moment der Verpfändung zurückdatirt. Die Ausübung, das Ende des Pfandrechts fiele so mit seiner Entstehung zusammen, es käme selbst nicht zur Erscheinung, es wäre total hinwegfingirt!

Nach einer anderen Ansicht soll nicht die Servitut, sondern nur die quasi-possessio verpfändet sein.[123] Bedeutet diese possessio einen servitutenartigen Vortheil, so stimmt diese Auffassung mit der unsrigen. Soll aber die Ausübung einer irgendwie wirklich bestellten Servitut damit bezeichnet werden, so stehen dieselben Bedenken entgegen, als bei der Verpfändung des Rechtes selbst.

Eigenthümlich endlich hält Lang[124] die Servitutenverpfändung für Nichts als die Verpfändung der Sache selbst; das ganze Grundstück werde in den Pfandnexus gezogen, jedoch dürfe der Gläubiger nur eine Servitut davon ausscheiden und veräußern, keineswegs aber das Grundstück selbst angreifen.

Aber hier würde etwas Anderes erreicht, als man beabsichtigt. Man will die Servitut verpfänden, und verpfändet die Sache. Es entsteht hier direkt Nichts mehr und Nichts weniger als eine gewöhnliche Sachverpfändung, und wir kämen mit der Servitutenverpfändung um keinen Schritt weiter. Der Pfandnexus hätte einen größeren Umfang, als das Veräußerungsrecht, oder, was dasselbe ist, das Pfandrecht wäre größer, als es selbst!

IV. Die übrigen Unterschiede, die man sonst bei der Theorie der Realservituten macht, sind theils nicht begrün-

---

123) Cujacius, Observat. XV, 6. Schmid, Gießner Zeitschr. f. Civilr. und Proceß. N.F. Bd. 5. S. 349. (1848)

124) Im Arch. f. civ. Prax. XIX. (1840) S. 337—341. S. 345 bis 346. Dazu die treffende Widerlegung durch Elvers a. a. O. S. 335 bis 336., der sich auch S. 332—334. mit Recht gegen Schmid erklärt, welcher bei der Servitutenverpfändung an das reine Besitzpfand, das altröm. pignus, denkt.

det,[125] theils hängen sie offenbar nicht mit dem Inhalte der Servituten zusammen.

Daß z. B. die servitutes rusticae im älteren Rechte mancipi, die urbanae nec mancipi waren, ist wohl weniger aus der materiellen Natur der Servituten, als vielmehr aus positiven Gründen zu erklären. Die Rücksicht auf das berechtigte Subjekt möchte hier das Entscheidende sein.

---

125) s. Zachariä a. a. O. S. 4—9.

Officin der Verlagshandlung.

Cohnfeldt, Richard

Die sogenannten irregulären Servituten nach römischen Recht Eine civilistische Abhandlung

Leipzig 1862